

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DU ROLE
DE
LA COUTUME

DANS

L'ÉLABORATION DU DROIT PRIVÉ POSITIF ACTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le lundi 29 juin 1908, à 2 h. du soir.

PAR

Léonce VALETTE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

« Les lois sont pour les hommes
et non les hommes pour les lois. »

(GUYOT, *Rép. jurisp.*, 1784.)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

*Thèse Lyon
[1908]*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552622_0052

THÈSE DE DOCTORAT — MÉDECINE —

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, C. ✱, ✱, I. Doyen, professeur de droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. ✱, professeur honoraire.

GARRAUD, I. ✱, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. ✱, professeur de Droit romain.

FLURER, I. ✱, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

THALLER, I. ✱, professeur honoraire.

AUDIBERT, I. ✱, professeur honoraire.

COHENDY, O. ✱, I. ✱, professeur de Droit commercial.

PIC P., ✱, professeur de Droit international public.

APPLETON (Jean), A. ✱, professeur de Droit administratif.

LAMBERT, A. ✱, professeur d'Histoire générale du Droit français.

BOUVIER, A. ✱, professeur de Science financière et de Législation française des finances.

LAMEIRE, A. ✱, professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.

JOSSERAND, A. ✱, professeur de Droit civil.

BROUILHET, A. ✱, professeur d'Économie politique.

HUVELIN A. ✱, professeur de Droit romain.

LÉVY, A. ✱, professeur de Procédure civile.

GONNARD, professeur d'Histoire des Doctrines Economiques et d'Économie politique.

BECQ (J.), I. ✱, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE :

Président : M. JOSSERAND, professeur,

Suffragants : { MM. CAILLEMER (E.), doyen,
LAMBERT, professeur.

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DU ROLE DE LA COUTUME

DANS

L'ÉLABORATION DU DROIT PRIVÉ POSITIF ACTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON

Le lundi 29 juin 1908, à 2 h. du soir.

PAR

Léonce VALETTE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DU CONCOURS GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LYON



« Les lois sont pour les hommes
et non les hommes pour les lois. »

(GUYOT, *Rép. jurispr.*, 1784.)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1907

Thèse Paris
[1908]

A MON PÈRE

A MA MÈRE

En modeste témoignage de reconnaissante affection

Lyon, 1^{er} décembre 1907

L. V.

DU ROLE DE LA COUTUME

DANS L'ÉLABORATION DU

DROIT PRIVÉ POSITIF ACTUEL

INTRODUCTION

« Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon », disait Bugnet. Cette parole nette et tranchante, devenue classique, du célèbre civiliste, résume on ne peut mieux l'état d'esprit de la plupart des commentateurs du siècle dernier. Elle est l'expression la plus vive de l'admiration sans réserve dont fut généralement entourée pendant près de cent ans, l'œuvre du législateur de 1804, et Napoléon l'eût approuvée avec une orgueilleuse satisfaction, lui qui, jaloux de son œuvre, s'écriait à l'apparition du premier commentaire, celui de Malleville : « Mon Code est perdu ! »

C'est qu'en effet, pour la majorité des commentateurs du xix^e siècle, la codification réalisée par la Révolution et le Consulat, prit les proportions d'un événement destiné à transformer de fond en comble la science du droit. Aux siè-

cles précédents, les interprètes n'avaient pas à commenter des textes d'une grande précision. Les coutumes étaient, en général, fort brèves et ne réglaient que quelques matières. Force était donc aux juristes qui voulaient faire œuvre scientifique d'aller chercher ailleurs que dans des textes la base de leurs constructions. Usages, jurisprudence des parlements, droit romain, telles étaient les sources qu'ils mettaient à contribution.

Mais survient le Code civil, et cet événement qui n'apparaît que comme une opération de simplification et de classement, produit dans les procédés d'interprétation du droit un étrange et complet bouleversement. On possède dès lors un texte en 2.281 articles, clair, précis, complet, semblant avoir tout réglementé et tout prévu. Ses formules impérieuses et nettes s'imposent avec une autorité inconnue jusque-là ; il est la consécration de l'esprit nouveau, et dès lors les commentateurs s'attachent à ce texte, l'étudient, l'approfondissent, le retournent en tous sens, en déduisent tout ce que la logique leur permet d'en déduire, en font l'arche sainte de la science du droit, voient tout en lui et par lui, et attachent à ses termes une valeur toute particulière. Témoins de l'écroulement de l'ancien régime et de la naissance du nouveau, ils croient que ce Code rompt définitivement avec un passé bien mort, dont on n'a plus que faire. Et suivant le mot de M. Planiol, « la science juridique moderne se renferma ainsi dans la contemplation du Code seul, avec une sorte de superstition pour son texte » (1).

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3^e édit., I, p. 48, Paris, 1904.

Ces premiers commentateurs firent école. Peut-être même serait-il exact de dire que les jurisconsultes des générations postérieures, ceux du milieu du siècle, renchérissent encore sur leurs devanciers dans leur respect pour le Code intangible. Ils n'avaient pas en effet, comme leurs aînés, été formés à l'école de la jurisprudence sous un régime antérieur à la codification ; ils n'avaient jamais connu que le Code et étaient imbus de son esprit. Aussi conçurent-ils une méthode d'interprétation encore plus rigoureuse, méthode qui constitua la méthode traditionnelle, et qu'on a appelée depuis méthode de l'école *des interprètes du Code civil*.

On trouve cette conception exposée d'une façon formelle pour la première fois en 1841 par M. Blondeau, doyen de la Faculté de droit de Paris, qui a poussé à ses extrêmes limites le respect du Code. Dans un mémoire (1) lu à l'Académie des sciences morales et politiques sur l'autorité de la loi avec ce sous-titre « *De quelles sources doivent découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques ?* » l'auteur affirme que l'unique source de droit est la loi. Sans doute, il sera permis, il sera même nécessaire d'interpréter cette loi, mais l'interprétation devra procéder uniquement du texte même, sans le secours d'aucune autre source, de ce qu'il appelait « les fausses sources de décision, que l'on a si souvent subs.

(1) Le résumé de ce mémoire a paru dans les *Comptes rendus de l'Académie des sciences morales et politiques* publiés par MM. Vergé et Loiseau. Paris, 1893, V. p. 362-364 et 445-451. Conf. Blondeau, *Chrestomathie*, 1843. *Introduction*, p. XLV, note 1. « . . . Dans notre opinion un gouvernement bien organisé ne doit reconnaître pour éléments du droit que les lois proprement dites. . . »

titué à la volonté du législateur ». Cette méthode devint celle enseignée par les auteurs qui sont classiques aujourd'hui. Demolombe, Laurent surtout appliquent imperturbablement ce qu'ils croient être la pensée du législateur ; ils semblent eux aussi ignorer le *droit*, et connaître seulement les *lois* (1). Et plus près de nous, le célèbre jurisconsulte Valette n'écrivait-il pas en 1872 : « On a tant légiféré, surtout depuis 70 ans, qu'il serait bien étonnant de trouver un cas resté tout à fait en dehors des prescriptions législatives » (2). Et dernièrement encore M. Huc disait : « Les cas dans lesquels la loi est véritablement insuffisante sont extrêmement rares, et presque toujours un argument d'analogie fournira au juge un principe de solution » (3).

C'est là, selon M. Lambert (4), « en quelque sorte le prix dont il a fallu payer les indéniables bienfaits de la codification ». Ainsi donc l'école des interprètes du Code civil est partie de ce postulat, placé à la base du système, que *la loi écrite doit suffire à tout*. Elle a érigé en dogme sacré l'idée d'omnipotence de la loi. Emanation d'une volonté infaillible et absolue, la loi est la source fondamentale et la source unique de tout le droit positif. Chercher ailleurs serait s'égarer fatalement, bien plus, commettre un crime de lèse-majesté. Pourvu qu'ils soient bien compris et bien

(1) Voy. Demolombe, I, nos 114 sq. ; Laurent, I, 1869, nos 268-281, p. 339-360.

(2) Valette, *Cours de Code civil*, I, p. 35.

(3) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, en 15 vol. I, 1892, p. 163.

(4) Lambert, *La fonction du Droit civil comparé*, I, p. 16, Paris, 1903.

interprétés, les textes doivent suffire à eux seuls à solutionner tous les problèmes juridiques et l'on peut toujours, à force de finesse et de déductions, les transformer en un cadre vivant où viendront se ranger les innombrables événements de la vie sociale. Toute question de droit se ramène invariablement à la recherche de la volonté présumée du législateur. On usera pour cela de tous les moyens. Lorsque le texte est clair, il suffira d'en analyser soigneusement le contenu, ce sera l'affaire de l'analyse grammaticale. Mais il peut se faire que le texte soit obscur ; alors on ira chercher dans les précédents historiques, dans les travaux préparatoires surtout, ce qu'on suppose avoir été l'intention du législateur. Et si malgré tout quelque obscurité subsiste, si notamment on se trouve en face d'un cas non prévu par la loi, on persistera quand même à user des mêmes procédés. Comme il est indispensable de tout rattacher à la loi écrite, et qu'il faut à toute force faire rentrer les créations nouvelles de la vie dans le cadre de quelque texte préexistant, on a recours alors à ce qu'on a appelé la *logique judiciaire*, à ce procédé qui, selon l'expression de M. Gény (1), « paraît bien constituer le point extrême de l'audace permise à l'interprétation proprement dite, dans un système qui prétend ne s'inspirer que des textes législatifs ».

L'interprète, se trouvant dans un cas semblable, devra faire appel à tous les moyens de la logique formelle. Il aura

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 30, n° 16, Paris, octobre 1899.

préalablement classé toutes les hypothèses pratiques en catégories, à chacune desquelles correspond une formule déterminée, un principe constant. Il déterminera donc dans quelle catégorie ranger le cas sur lequel il a à statuer ; il distinguera le cas où la loi a statué et où son sens est clair, le cas où la loi a statué, et où son sens est douteux, celui où on se trouve en présence de textes contraires, celui où elle n'a pas statué. Et alors il emploiera, pour résoudre la difficulté, les arguments *à contrario*, *à pari*, *à fortiori*, en un mot toute la méthode, très hardie pour un tel système, de l'extension par analogie. On aura recours à l'adage fondamental *Ubi eadem ratio, idem jus*, on se souviendra de cet autre *Exceptio est strictissimæ interpretationis*, et dès lors, « de ces arguments la solution découlera, précise, nécessaire, unique » (1). On aura parfois été singulièrement au delà de la loi ; qu'importe, c'est d'un texte qu'on sera parti, d'un texte qu'on aura procédé et prétendu tirer la solution. C'est le triomphe le plus absolu, le plus complet de l'exégèse et des déductions logiques.

Mais ce n'est pas tout, et pour compléter leur méthode, les interprètes du Code civil ont eu recours au système des constructions juridiques, conséquence logique de ce postulat fondamental, qu'on voit réapparaître à chaque pas, à savoir que la loi écrite suffit à tout. Ce système étudié dans sa technologie par les jurisconsultes allemands, avec leur minutie caractéristique, consiste à extraire le principe

(1) Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Paris, 1904, p. 141.

abstrait qui semble à la base d'un article ou d'une série d'articles, puis à faire subir à ce principe une fois dégagé toute une série de déductions d'où l'on tirera des conséquences qui seront autant de cas concrets. En sorte que chaque fois qu'une espèce nouvelle se présentera, il suffira de remonter au principe supérieur, et d'en tirer à l'aide d'une logique impeccable les conséquences pratiques à appliquer. Qu'il me suffise de rappeler — j'emprunte cet exemple à M. Gény (1) — les nombreuses constructions édifiées récemment par la doctrine sur la question de la responsabilité du fait des choses inanimées (2). Il s'agissait d'interpréter l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. Dans quelle mesure le propriétaire est-il responsable du dommage causé par sa chose ? La doctrine a cherché à ramener la question à un principe, principe qui a été pour les uns la faute contractuelle, pour d'autres la faute délictuelle ou quasi-délictuelle, pour certains le risque inhérent à la propriété. Ici encore le système dépasse quelque peu les limites d'une simple interprétation de textes, mais il a son fondement et sa racine dans la loi, c'est suffisant.

Telle est la méthode logique, exprimée de très bonne heure dans une brochure de Thibaut (3), exagérée dans le

(1) Gény, *op. cit.*, p. 43.

(2) Voir à ce sujet, note de M. Esmein, S. 97.1.17, et le livre de mon maître M. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897.

(3) Thibaut, *Théorie de l'interprétation logique des lois*, traduit de l'allemand par C. de Sandt et Mailher de Chassat, Paris, 1811 ; nouv. éd., 1845.

mémoire de M. Blondeau, et appliquée pendant tout le XIX^e siècle. On connaît les opinions du légiste implacable que fut Laurent, le plus intransigeant de tous : « Le magistrat et le jurisconsulte sont enchaînés par les textes... ; le législateur a parlé et lui seul peut modifier la loi, lui seul peut créer le droit » (1). Et les traités récents de droit civil, à part quelques exceptions (2), sont encore imbus de ces idées qu'on retrouve même en dehors du monde juridique, chez les plus hautes personnalités de l'Université : « Le juriste pur est un géomètre, dit M. Liard ; l'éducation purement juridique est purement dialectique. La grande affaire du magistrat ou de l'avocat est de débrouiller le lacs des affaires et d'en rattacher les éléments à telle ou telle des règles posées par les lois. *C'est la résolution d'un problème* » (3).

Inutile d'ajouter qu'une pareille méthode ne laisse aucune place aux sources de droit autres que la loi : coutume et équité. La grande majorité des auteurs refusent, de nos jours encore, toute puissance créatrice de droit à la coutume (4), sauf de rares exceptions comme MM. Planiol et Beudant (5). Et quant à l'équité, si on n'a pas adopté les

(1) Laurent, *Principes du droit civil français*, Bruxelles, I, 1869, §§ 273 et 274.

(2) Notamment MM. Planiol et Beudant.

(3) E. Liard, *L'enseignement supérieur en France de 1789 à 1893*, t. II, 1894, p. 397.

(4) Très nettement en ce sens, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, 1896, p. 16-21, et 84-86.

(5) Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, p. 61-65 et 110-112 ; Planiol, *Traité élémentaire*, t. I³, p. 6-7.

idées de Blondeau sur ce point, idées reprises par Demolombe, et qui arrivaient à ordonner au juge de s'abstenir de juger lorsqu'il n'avait que l'équité pour appuyer sa sentence, les concessions faites aux idées plus libérales en cette matière sont si peu nombreuses et semblent tellement faites à regret, qu'on peut les tenir pour nulles. Ainsi tout est dans la loi, et le juriste a pour rôle unique de déduire les conséquences des formules légales, « de même que le mathématicien déduit les corollaires des théorèmes précédemment démontrés (1) ».

Aujourd'hui, une évolution très marquée semble se dessiner en ces matières. La méthode des interprètes du Code civil paraît bien définitivement condamnée, et ses idées ne sont plus guère acceptées, tout au moins par la jeune école. De nombreuses critiques qui, toutes, ont eu pour point de départ le beau livre de M. Gény, ont été dirigées contre ces procédés désuets d'interprétation. Il semble même que la réaction se fait d'autant plus violente, que la méthode a joui plus longtemps d'une autorité incontestée.

Car, sans parti pris, on doit reconnaître qu'on a été quelque peu dur et injuste pour l'école traditionnelle (2). Les interprètes de la première heure ont eu leurs mérites. Au lendemain du Code civil, au sortir d'une période agitée,

(1) Percerou, *Annales de droit commercial*, 1900, p. 147.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 16. M. Lambert qualifie notamment la méthode traditionnelle de *stérile et rebutante*. V. pourtant Esmein dans *Revue trim. de dr. civ.*, 1902, p. 1 et suiv. et la belle étude de MM. Charmont et Chausse sur *les interprètes du Code civil (Livre du Centenaire*, I, p. 133 et suiv.) qui contient une appréciation impartiale et équitable de la science juridique française au XIX^e siècle.

véritable bourrasque intellectuelle et sociale où tout avait été critiqué, mis en doute, démolì, que serait-il arrivé si ceux qui avaient mission d'expliquer le droit s'étaient mis à critiquer chaque disposition du Code, à les passer au crible de la philosophie du xviii^e siècle ? Ils se seraient vite aperçus que l'œuvre de Napoléon n'était pas à la hauteur de la science contemporaine, et l'on peut dire sans crainte que « l'œuvre d'unification commencée par Dumoulin ne serait point encore achevée aujourd'hui » (1).

Ils se sont heureusement gardés de cette tendance. Avec un goût et un tact admirables, ils se sont modestement contentés de pratiquer l'art inférieur de l'interprétation juridique. Lorsque, par l'effet d'une codification comme celle de 1804, un pays se trouve doté d'un texte de loi, la tâche des jurisconsultes est bien délimitée et doit se réduire à un seul objet : étudier la loi nouvelle, en dégager le sens, l'analyser. C'est ce qu'ont fait les premiers commentateurs du Code. « Ils se sont appliqués à analyser, à préciser le sens des dispositions du Code, à les décomposer en leurs éléments, à écrire en quelque sorte une grammaire juridique du droit nouveau. »

Il est peut-être de bon ton aujourd'hui de médire de ces ouvriers modestes, mais lorsqu'on examine leur œuvre impartialement, on ne peut que l'admirer. Et je ne puis résister à l'envie de transcrire ici une des belles pages que M. Jean Acher consacre à leur défense. « Si, à la fin du

(1) Jean Acher, *Le Droit civil et l'Histoire du droit. Revue générale de droit*, 1906, p. 10 et suiv.

dix-neuvième siècle, dit-il, nous avons eu un droit harmonieux, des idées juridiques précises et claires, si notre droit a cessé d'être ouvert aux invasions du droit romain, si nos théories juridiques ont été pendant longtemps à l'abri des fantaisies personnelles des auteurs, si l'ordre et l'unité ont été considérés comme les caractères distinctifs de la doctrine et de la jurisprudence françaises, nous le devons non seulement au Code civil, mais aussi et surtout à nos grands jurisconsultes classiques, aux *interprètes du Code civil*. Et lorsque je considère la grandeur de l'œuvre accomplie par ces admirables travailleurs, je ne m'étonne plus que M. Lambert ait eu l'idée, surprenante dans notre siècle de scepticisme et d'incrédulité, de les accuser de sorcellerie. Oui, ils étaient sorciers, les Merlin, les Proudhon, les Aubry, les Rau et les Valette, comme l'étaient les Malherbe, les Pascal, les Corneille et tous ceux qui ont travaillé à conserver le bon renom à « la plus délitable des parlèures », à la rendre « sûre, sociable et raisonnable » (Rivarol). Et comme les classiques du dix septième siècle peuvent revendiquer l'honneur d'avoir fait du français « une sorte de langue sacrée pour les libéraux de tous pays », de même les jurisconsultes classiques du dix-neuvième siècle peuvent à bon droit être considérés comme ayant puissamment contribué à l'adoption du droit français par la presque totalité des nations civilisées. L'universalité du latin et du droit romain a fait place à l'universalité de la langue et du droit français. Ceux qui ont accompli ce miracle, furent vraiment des thaumaturges (1) ! »

(1) Jean Acher, *loc. cit.*, p. 10.

Mais justement parce que les interprètes du Code civil eurent les qualités des classiques, ils en eurent les défauts, dont le principal fut le rationalisme à outrance. A force d'exalter la volonté humaine, de la considérer comme souverainement libre et souverainement puissante, ils ont confondu la notion du droit avec celle de la loi. Ils ont cru que le Code avait eu le pouvoir magique de cristalliser à jamais tout le droit. Ils n'ont pas compris que ce Code n'était qu'une page du grand livre de l'histoire, que pour le comprendre, il fallait avoir lu les feuillets précédents, que dans la suite d'autres pages viendraient s'ajouter à l'œuvre, et que dix siècles de travail ne pouvaient pas être anéantis par cent pages de texte. Le droit, science exacte et immobile, quelle aberration ! Mais le droit, comme le monde, est en perpétuel devenir. Comme la vie, il faut qu'il marche, qu'il évolue. La société ne vit que de transformations successives qui créent de nouveaux besoins, par suite de nouveaux devoirs et de nouveaux droits non prévus par la législation ancienne. Il arrive fatalement une époque où « la sève de vie rompt le cadre trop étroit des textes » (1).

En érigeant en dogme la rigidité et l'immobilité de la loi, les interprètes du Code civil ont méconnu ce caractère essentiel du droit. Puisque c'est uniquement la pensée du législateur qu'il faut découvrir dans un texte de loi, il faut nécessairement pour en déterminer la portée se reporter à l'époque où il fut voté, quitte à en déduire, par les cons-

(1) Percerou, *loc. cit.*, p. 147.

tructions juridiques, des principes qui, une fois dégagés, ne doivent pas être moins immuables que le texte lui-même. « Ainsi on reste forcément, *et pour le tout, rivé au moment même de la naissance de la loi* » (1). Les interprètes ont cru que le législateur est doué du pouvoir d'immobiliser le droit, que la codification arrête et suspend le cours de l'évolution. La vie peut se modifier sans cesse, ce qui était hier disparaître aujourd'hui, une découverte scientifique peut amener une transformation économique et sociale formidable, peu importe, c'est toujours dans des textes vieux de cent ans qu'il faudra chercher la base de la solution. Qu'importe si ces textes sont démodés, iniques ou absurdes. *Dura lex sed lex*. « Ils ont donné comme base essentielle à leur méthode un postulat qui constitue la négation de l'une des lois les plus certaines du développement des sociétés, la loi de perpétuelle mobilité du droit » (2). Singulière méthode, qui prétend qu'un acte de volonté humaine puisse arrêter le cours de la vie elle-même, méthode anti-sociale, anti-scientifique. Ihering, le plus grand jurisconsulte peut-être des temps modernes, « ce puissant frappeur d'empreintes » (3), l'avait bien compris lorsqu'il écrivait : « La vie ne doit pas se plier aux principes, ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est pas la logique, c'est la vie, ce sont les relations, les sentiments

(1) Gény, *op. cit.*, p. 57. Comp. Ed. Cuq, *Institutions juridiques des Romains. L'ancien droit*, 1891, p. 728.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 17.

(3) Ed. Picard, *Le Droit pur. Les permanences juridiques abstraites*. Bruxelles et Paris, 1899, n° XXVIII, p. 63.

juridiques qui réclament ce qui doit être et les nécessités logiques n'ont rien à voir ici..... Tout droit privé existe pour assurer à l'homme un avantage quelconque, pour venir en aide à ses besoins, pour sauvegarder ses intérêts et concourir à l'accomplissement des buts de sa vie. *Le destinataire de tout droit c'est l'homme* » (1). C'est pour n'avoir pas compris ces profondes vérités que l'école traditionnelle a fait fausse route, et que sa méthode n'a pas donné les résultats désirables.

Les enseignements si clairs et si fréquemment répétés de l'histoire auraient dû mettre les interprètes en garde contre les dangers d'une pareille méthode. Les Romains eux aussi avaient cru à l'immobilité du droit ; ils prétendaient appliquer indéfiniment leur antique codification des XII Tables. Le résultat a été la scission du droit romain en deux systèmes juridiques : le *jus civile*, système de la tradition, et le *droit prétorien* créé par la jurisprudence en vue des besoins nouveaux que les XII Tables n'avaient pas prévus. Cette scission aboutit « à dissimuler les institutions vivaces du présent, derrière les institutions mortes du passé » (2). Plus près de nous les Anglais ont cru que leurs statuts étaient immuables ; ils y ont ajouté la superstition du *cas* ou précédent judiciaire. La combinaison de ces statuts et de

(1) Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, t. IV, §§ 69 et 70. Conf. l'œuvre capitale quoiqu'incomplète de Ihering, *Der Zweck im Recht*, 3^e éd. 1893, trad. de Meulenaere, Paris, 1901.

(2) Ed. Lambert, *Une réforme nécessaire des études de droit civil*, dans *Revue internationale de l'enseignement*, t. 40, 1900, p. 216-243. V, notamment p. 218.

ces cas a formé la *common law*, à laquelle les juriscultes anglais ont prêté le caractère de perpétuité. Conséquence : la société s'étant transformée, le chancelier fut obligé d'intervenir pour créer à côté des tribunaux de droit commun des cours d'*equity* qui créèrent un système original de jurisprudence. En sorte que la *common law* est devenue lettre morte, et qu'on n'a plus jugé que d'après l'*equity*. Le droit anglais est devenu de ce fait une énigme absolument indéchiffrable pour les profanes.

Les *interprètes* n'ont pas compris ces enseignements et leur méthode a produit chez nous des résultats identiques. Une scission, chaque jour plus profonde, s'est faite entre la doctrine et la jurisprudence. Sous chaque article du Code est née « toute une luxuriante frondaison de créations juridiques ». Si bien qu'on a pu assister à ce spectacle bizarre : doctrine d'un côté, jurisprudence de l'autre, au lieu de poursuivre une œuvre commune, la réalisation du droit, se sont combattues sans trêve, donnant aux mêmes problèmes des solutions opposées. En sorte que deux droits différents sont nés : la *doctrine*, n'ayant qu'une existence conventionnelle et fictive, et la *jurisprudence*, seul système vivant et réellement appliqué.

On donne souvent pour raison de cette scission le manque de sens pratique propre aux théoriciens. Je crois cette raison mauvaise. Certes, le cliché n'est pas nouveau, il a eu cours pendant longtemps, et aujourd'hui encore, au Palais, combien de vieux praticiens regardent encore d'un mauvais œil ceux qu'ils appellent dédaigneusement des « théori-

ciens ». Ils ne se doutent guère que le reproche n'est pas d'eux, et que c'est Ihering qui l'adressa aux pandectistes de son temps. Mais les auteurs français ressemblent peu aux pandectistes allemands contemporains de Ihering. Beaucoup d'avocats et de magistrats figurent parmi les commentateurs du Code civil. Faut-il rappeler les noms de Merlin, de Pont, de Marcadé, de Proudhon, de Troplong, de Rau, de Pouillet ? C'est mal connaître l'histoire que de prétendre que le conflit entre la doctrine et la jurisprudence fut provoqué par l'ignorance où sont les théoriciens du mouvement des affaires.

L'erreur des commentateurs du xix^e siècle a été de considérer le Code comme quelque chose de neuf, sans attaches avec le passé, et aussi comme quelque chose de définitif qu'aucun événement ne pourrait modifier.

Tout le mal est venu de ce que les interprètes du Code civil se sont fait de la loi et de la codification une idée absolument inexacte. Au lieu de voir dans la codification un événement destiné à ordonner, à systématiser le droit, capable peut-être de modifier pour l'avenir les conditions de l'évolution juridique, mais non d'en suspendre le cours, ils l'ont considéré comme un acte de volonté susceptible de stagner le droit, de tarir toutes les autres sources, coutume et équité, et après lequel l'adaptation du système juridique aux mœurs et à l'état social ne peut se faire que dans la mesure où le législateur intervient (1).

(1) Voy. E. Roguin, *Observations sur la confection des lois civiles* : « Qui dit codification dit adoption du principe fondamental que le DROIT

Cette conception n'était pas celle des rédacteurs du Code civil. Déjà le 9 août 1793, Cambacérès, présentant à la convention nationale son premier projet de Code civil, disait : « Le législateur ne doit pas aspirer à tout dire ; mais après avoir posé des principes féconds qui écartent d'avance beaucoup de doutes, il doit saisir des développements qui laissent subsister peu de questions » (1). Il répétait textuellement ces paroles en messidor an IV, en présentant son troisième projet au Conseil des Cinq-Cents. Et Portalis « le plus autorisé peut-être et le plus éminent des artisans de l'œuvre nouvelle » était plus affirmatif encore. Dans son célèbre discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement, il disait — le passage pour être classique et fréquemment cité, n'en est pas moins suggestif — : « *Tout prévoir* est un but qu'il est impossible d'atteindre..... (2). Nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir..... Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout.....

DÉ FAIRE LA LOI APPARTIENT EXCLUSIVEMENT AU LÉGISLATEUR. » Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne, 1896, p. 75.

(1) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. I, p. 2-3, et p. 140-141.

(2) Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 467, *in fine*.

D'ailleurs comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?.... L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. — C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.... — Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen.... La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ; et de ne pas s'exposer au risque d'être tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude.... C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples *se font avec le temps* ; mais, à proprement parler, *on ne les fait pas* » (1). Nous sommes loin, on le voit, des

(1) Fenet, *op. cit.*, I, p. 469-476. Ces déclarations si nettes furent critiquées par les tribunaux d'appel de Lyon et de Rouen (Fenet, *op. cit.*, IV, p. 34-36 ; V, p. 436), rencontrèrent de l'hésitation au Conseil

paroles de M. Blondeau. Combien plus larges, plus vraies les idées des auteurs du Code que celle de ses commentateurs ; et comme ils ont vu plus juste. « Traditionalistes et novateurs, ils savaient que la politique change, que les intérêts sont variables, que la grande pensée humaine suit sa route émancipatrice. Le mérite capital du Code, c'est d'avoir, fixant le présent, préparé son évolution (1). »

Après s'être exagéré l'importance du *fait matériel* de la codification, les interprètes du Code civil ont eu de la notion rationnelle de la loi, une idée inexacte. En prétendant que toute solution juridique doit être rattachée à la volonté législative manifestée par un texte, en posant à la base de leur système le dogme de l'omnipotence de la loi, ils en ont singulièrement exagéré la portée. Comme toutes choses, l'omnipotence législative a aussi ses limites logiques et nécessaires. Les Anglais qui professent un grand respect de la loi l'ont bien compris lorsqu'ils disent qu'elle ne *peut pas faire un homme d'une femme, et une femme d'un homme*. M. Gény, en quelques pages magistrales, a fait de

d'Etat (séance du 14 thermidor an IX ; Fenet, VI, p. 21-24) et une vive opposition au Tribunat. Le tribun Maillia-Garat notamment les attaqua avec véhémence (Fenet, *op. cit.*, VI, p. 150-170). Comp. opinions du tribun Chazal contre le projet ; Fenet, *op. cit.*, t. VI, p. 75-78. Néanmoins elles finirent par triompher et l'article 4 du Code civil, visiblement inspiré de ces idées, fut enfin voté (V. exposé des motifs de Portalis au Corps législatif, le 4 ventôse an XI ; Fenet, *op. cit.*, t. IV, p. 358-360. — Cf. Fenet, VI, p. 386-388).

(1) Lévy-Ullmann, *Discours sur le Code civil* prononcé le 17 mai 1904 à Lille à l'occasion du centenaire du Code civil. *Revue internationale de l'Enseignement*, 1904, 2^e, p. 134. — Comp. Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, Lille, 1892, préface, p. III et IV.

cette idée une critique après laquelle il ne reste plus rien à dire (1). Emanation de l'intelligence et de la volonté humaines, la loi comme toute œuvre humaine est forcément incomplète. L'esprit humain ne peut embrasser la synthèse du monde à un moment donné et encore moins prévoir son évolution. Le législateur quelque puissant qu'il soit ne pourra jamais arrêter le cours de la vie ; il aura beau légiférer sur toutes les matières, il n'empêchera pas les conditions de l'existence de se transformer, les idées et les mœurs d'évoluer ; et il arrivera fatalement, par la force même des choses, une époque, plus ou moins éloignée, où le texte le plus précis sera empreint d'une telle vétusté qu'il deviendra absurde, s'il n'est pas devenu injuste. En supposant le législateur le plus perspicace, son œuvre sera fatalement infirmes un jour ou l'autre ; il y aura toujours des rapports de droit qu'il n'aura pas pu prévoir, parce qu'ils seront des *rapports futurs*. L'interprète en face d'un texte qui ne correspond plus aux nécessités sociales, devra-t-il donc toujours et quand même s'acharner à découvrir la pensée probable du législateur et résoudre la difficulté actuelle comme l'aurait résolu la loi d'il y a cent ans ? Ce serait absurde.

Ainsi la loi écrite ne peut suffire à tout, elle est par sa nature même forcément incomplète. Il faut la prendre pour ce qu'elle est, pour l'expression d'une volonté individuelle qui s'impose uniquement sur ce qu'elle a entendu déclarer et régler (2). « La loi positive commande, elle n'enseigne

(1) Génv, *op. cit.*, nos 55 à 59, p. 102-110.

(2) Génv, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1900,

pas (1). » Et alors en partant de cette conception, seule humaine, on n'aura plus besoin de torturer les textes pour leur faire dire ce qu'ils *ne pouvaient pas* vouloir dire : et ainsi on aura une grande place ouverte à d'autres sources moins rigides, mais non moins productives.

Parmi les sources qu'il est d'usage de placer à côté de la loi écrite, la plus importante a été de tout temps la coutume. C'est à elle que nous voudrions nous attacher dans cette étude. Nous voudrions voir ce qu'est cette coutume, qu'elle fut longtemps la source principale, pour ne pas dire unique de notre droit national, et rechercher si dans notre état actuel de codification, il n'y a pas encore, à côté, peut-être même au-dessus de la loi écrite, une place pour cette source souple et féconde.

Après un rapide exposé du rôle de la coutume dans l'histoire, et un coup d'œil jeté sur les législations contemporaines qui lui font une place, nous tâcherons de déterminer sa nature et son fondement, et nous rechercherons, quel rôle elle peut jouer comme source de notre droit privé positif actuel.

p. 125. Compte rendu de l'ouvrage de M. Bufnoir, *Propriété et contrat*.

(1) Bartin, *op. cit.*, préface, p. III.

CHAPITRE PREMIER

LE RÔLE DE LA COUTUME DANS L'HISTOIRE.

C'est un fait qui n'est contesté aujourd'hui par personne, que le droit à son origine n'est pas une création du législateur. Tout droit naissant a sa source dans les mœurs du peuple ; il porte l'empreinte de son caractère, il varie avec son état social. Au début de toutes les législations le droit se présente sous forme d'usages, de coutumes. Les coutumes précèdent les législations « comme la parole précède l'écriture. Elles sont le droit à l'état cartilagineux, en attendant son ossification dans les lois rédigées » (1). La plupart des rapports de droit privé, minutieusement réglementés aujourd'hui par des textes, n'ont pu, à l'origine, se constituer que sous l'influence d'une force coutumière. Toute loi écrite est quelque peu brutale, et l'on ne conçoit pas les institutions fondamentales du droit privé, propriété, mariage, parenté, régimes matrimoniaux, établies d'un seul coup par le pouvoir d'une loi. Ces institutions si complexes, faites pour la plupart de « pratiques surajoutées les unes aux autres », nuancées à l'extrême pour satisfaire à tous les besoins sans choquer aucun droit, n'ont pu s'élaborer que

(1) E. Picard, *op. cit.*, p. 63-64.

par un usage constant de plusieurs siècles, qui seul a pu réglementer tous les infinis détails sans froisser l'opinion des intéressés. La coutume a donc été, à l'origine, la source principale, pour ne pas dire la source unique du droit (1).

Nous allons rechercher quel rôle a joué la coutume dans chacune des législations qui se sont succédé jusqu'à nos jours.

Le droit primitif de la Grèce antique, a commencé par être un droit purement coutumier. « Le mot *νομος*, ou loi, si grand et si fameux dans le vocabulaire politique des derniers temps de la société grecque, ne se trouve pas dans Homère (2). » Les poèmes homériques ont conservé le souvenir d'un temps où il n'y avait qu'un droit très confus, indistinct de la religion, et où les premières règles juridiques, étaient des coutumes, nées pour la plupart de la répétition des sentences judiciaires. Ces sentences étaient considérées comme inspirées par la divinité. On voit dans l'Iliade, Themis, assesseur de Zeus, dictant les sentences

(1) Cette coutume elle-même a eu sa phase de formation. Elle paraît avoir été précédée d'un état de droit primitif, n'impliquant ni obligation ni sanction, réduit à une décision arbitrale qui était censé traduire la conscience populaire. V. Summer-Maine, *Ancient law* (Trad. Courcelle-Seneuil), 1884, p. 7. « Il est certain, dit-il, que dans l'enfance du genre humain, on ne conçoit pas l'idée d'une législation quelconque, ni même d'un auteur déterminé du droit; on n'y songe pas: le droit est à peine arrivé à l'état de coutume, il est plutôt une habitude, *il est dans l'air*. »

(2) Summer-Maine, *L'ancien droit* (Courcelle Seneuil), p. 5. C'est dans les poèmes homériques que Summer-Maine a étudié les origines du droit grec. — Cf. Declareuil, *La Justice dans les coutumes primitives*, 1889, p. 40-45.

des rois ou des dieux. Ces sentences dictées au juge par la divinité s'appelaient *θεμιστες* (1). Chez les Grecs du temps d'Homère, le droit était un précepte divin, suggéré par les dieux à certaines personnes, telles que les rois, et c'est le résultat de la jurisprudence constante des rois qui a constitué la coutume. Les coutumes étaient sanctionnées par les soins d'Erynnis, la déesse au cœur impitoyable (2), qui veillait au maintien des lois de la famille et des rapports sociaux. Plus tard, après la formation des cités, la coutume grecque a perdu son caractère religieux, mais elle a toujours conservé, même au temps de Démosthène, un large rôle de création (3).

Cette conception originaire du droit n'est pas particulière à la Grèce ; on la retrouve aussi en droit Hindou (4). Malgré les obscurités qui planent encore sur la civilisation primitive de l'Inde, on peut facilement constater que le très ancien droit hindou consistait uniquement en usages juridiques, extrêmement variés (5), d'esprit très archaïque, qui n'ont jamais été complètement étouffés par les systèmes juridiques postérieurs. On retrouve, dans les provinces hindoues, une infinie diversité de coutumes particulières — coutumes de castes, de corporations, de famille — qui toutes

(1) Homère, *Iliade*, XX, 402.

(2) *Iliade*, IX, 512.

(3) E. Caillemet et P. Gide au mot *Δικη* dans Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités*, t. II, 1, p. 202, 205, 206. — Cf. Dareste, *Les plaidoyers civils de Démosthène*, Introd., p. XLI.

(4) Summer-Maine, *Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*. Londres, 1883 ; Paris, 1884, chap. I.

(5) Lambert, *op. cit.*, p. 227.

ont un caractère religieux. Et même les plus anciennes compilations brahmaniques, les œuvres rédigées en prose comme *Apastamba*, *Gantama*, *Vasishtha*, *Bandhâyana*, *Vishnu*, que l'on réunit sous le nom de *dharma-sûtras*, et qui datent d'époques notablement antérieures à l'ère chrétienne (1), constituent en définitive des livres coutumiers inspirés par la religion. La rédaction de ces *sûtras* est attribuée par la légende hindoue à des dieux, à des hommes divinisés ou à des prophètes. C'est sous l'influence de l'activité de ces sages, dont l'enseignement oral a été recueilli par des disciples, que la coutume hindoue s'est constituée, et c'est cette coutume, issue d'une jurisprudence religieuse, qui pendant deux mille ans a représenté tout le droit pratique de l'Inde (2).

L'histoire du droit israélite jette également une vive lumière sur l'origine du droit. Les israélites, même avant leur dispersion, même au temps où ils formaient encore une nation, n'ont jamais connu le procédé d'élaboration du droit que nous nommons législation (3). Nous voyons par les récits de la Bible, que dans les temps très reculés, Moïse inspiré de Jehovah, rendait la justice, et ses sentences créaient le droit (4), sa tâche est nettement délimitée, il

(1) Max Muller, *History of ancient sanscrit literature*, a cru pouvoir placer la rédaction des *dharma-sûtras* entre les années 600 et 200 avant notre ère.

(2) V. les développements consacrés à ce sujet par Summer-Maine, *Etude sur l'ancien droit et la coutume primitive* et repris par M. Lambert, *op. cit.*, p. 226-231.

(3) Lambert, *op. cit.*, p. 278.

(4) V. la charmante narration de la visite de Jethro à son gendre

doit dire le droit, déclarer lequel des plaideurs a raison. Cette aptitude à dire le droit lui vient, comme en droit grec, de ses rapports avec la divinité; seule la divinité connaît le droit, et le droit n'est qu'une partie intégrante de la religion. C'est Zeus qui parle par la bouche du roi grec, c'est Jehovah qui dicte à Moïse ses sentences. Les israélites viennent à Moïse parce que lui seul est en communication avec la divinité, et Moïse ne fait qu'annoncer les sentences et les décisions de Dieu. Le jugement n'est pas de lui, il est de Dieu.

Plus tard le cercle de la communauté sociale va s'élargir. Les israélites sont devenus aussi nombreux que les étoiles dans le ciel (1). Moïse ne peut plus suffire à lui tout seul à dire le droit, il est forcé de déléguer aux chefs des tribus une partie de ses fonctions. Et comme ces nouveaux juges ne peuvent se mettre directement en relations avec Jehovah, Moïse en les instituant va leur donner des instructions, leur révéler les décisions et les maximes du droit (2). Ces instructions, ce sont les sentences que Dieu lui a déjà dictées, et ainsi, va se constituer un corps de sentences divinatoires, qui va former une véritable coutume à laquelle on se reportera pour tous les cas semblables. Et ce n'est qu'en face de cas complètement nouveaux et imprévus qu'on ira consulter Moïse qui reste toujours seul en rapport avec Dieu. Cette

Moïse, *Exode*, xviii, 13-27, traduction allemande d'après le texte hébraïque, de Hantzsch (2^e édit.), Freiburg et Leipzig, 1896.

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 246.

(2) Deutéronome, I, 9.18, *Exode*, xviii.

coutume va rester pour toujours la base du droit israélite, même après la rédaction des livres juridiques.

Le plus ancien des Codes hébraïques, porte le nom de *Livre de l'Alliance* (1). C'est un recueil juridique très antique, antérieur aux plus anciens *dharma sùtras*, qui présente tous les caractères d'un recueil coutumier. Dans ses lignes essentielles, il n'est autre chose qu'une rédaction des coutumes préexistantes, nées de la répétition des sentences divinatoires, mais rédaction qui a vite pris un caractère officiel et à laquelle on a attribué une origine divine.

La seconde des compilations de droit israélite et les *Deutéronome primitif* ou Code deutéronomique (3). A l'exemple du *Livre de l'Alliance* qu'il a visiblement imité, il se place sous le couvert de l'autorité divine. Il se présente comme le résultat d'une révélation complémentaire, reçue par Moïse dans la plaine d'Arboth Moab, à la veille de l'entrée des Israélites dans la terre promise. Nous sommes encore ici en présence d'un coutumier. A part quelques dispositions où se marque la tendance à introduire dans le droit de l'époque, quelques idées plus équitables et plus humaines (3), les maximes juridiques contenues dans ce livre ont

(1) Ce document forme les chapitres xxi, xxii, xxiii, 1-14 de l'*Exode*. L'opinion la plus répandue le fait remonter au ix^e siècle avant notre ère. — Cf. Lambert, *op. cit.*, p. 248.

(2) Il forme dans le Pentateuque la plus grande partie de la cinquième section à laquelle il a donné son nom. Il s'étend du chapitre iv, 45 au chapitre xxviii, 69.

(3) Pareille tendance se retrouve déjà dans le livre de l'Alliance. — Cf. Lambert, *op. cit.*, p. 249 et Renan, *Histoire du peuple d'Israël*, II, p. 375-377. Le Deutéronome est postérieur d'environ deux siècles au livre de l'Alliance.

une franche allure coutumière. Ses dispositions relatives à l'esclavage, au prêt à intérêt, à la preuve testimoniale, au mariage, au divorce, à l'adultère, à la puissance paternelle, etc., ne sont autre chose qu'une rédaction de toutes les coutumes antérieures.

Enfin l'on pourrait croire qu'à partir de la rédaction de la *Thora* écrite, c'est-à-dire à partir du moment où le peuple hébreu reçut son Code définitif (1), la coutume disparaît complètement. Il n'en est rien. La *Thora* écrite, immuable dans sa lettre, constituera la source la plus respectée du droit israélite, mais à côté d'elle on trouvera encore deux sources coutumières : la tradition orale, et la jurisprudence des docteurs.

La tradition orale représente par rapport à la *Thora* écrite une couche plus récente et plus riche d'institutions juridiques. La *Thora*, fixée sous une forme définitive, devenue familière au public, ne pouvait plus désormais se transformer ; mais comme le droit n'avait pas cessé pour cela de vivre et de se mouvoir, la vie juridique devait inévitablement se frayer une autre voie. De là l'apparition de la tradition orale, type plus souple, plus élastique, véritable coutume nationale, révélée à Moïse, pendant son séjour de quarante jours et quarante nuits sur la montagne, confiée par lui à ses contemporains, et transmise de bouche en bouche au travers d'une longue série de générations (2).

(1) La rédaction de la *Thora* ne date probablement que de la fin du V^e siècle avant notre ère, d'après M. Lambert, *op. cit.*, p. 261, n^o 4. L'opinion courante la fait dater de la fin du v^e siècle.

(2) V. sur ce point Lambert, *op. cit.*, p. 265.

Cette coutume a comblé bien des lacunes de la Thora, elle a même été à l'encontre de plus d'un texte du pentateuque.

A côté de la tradition orale, fonctionnait une autre source : les sentences et les ordonnances des docteurs, source qui n'a pu apparaître qu'à une époque où s'est développée en Israël une science du droit proprement dite, c'est à-dire relativement tard. A l'origine, les sentences rendues par le prophète, étant considérées comme émanant directement de Dieu, s'imposaient indéfiniment à tous les juges qui en auraient connaissance. C'était un système approchant le système anglais du *case-law*, que nous étudierons plus loin (1). Plus tard la révélation du droit a cessé d'être œuvre de divination pour devenir œuvre de science ; la mission de dire le droit réservée aux sacrificateurs et aux prophètes est passée à des collèges de juges. Alors, à côté des espèces concrètes, ces savants ont été conduits à examiner et à résoudre des cas imaginaires. Ces décisions des docteurs furent regardées comme dérivant directement des sentences des prêtres et des prophètes, et leur empruntèrent leur valeur religieuse et partant, leur force juridique.

Ainsi donc, à travers une évolution de vingt-huit siècles, nous pouvons constater que la coutume a joué en droit

(1) M. Lambert, *op. cit.*, p. 269, fait toutefois remarquer que le système du *case-law* hébraïque se différencie du *case-law* anglais par un trait important. En Angleterre les deux fonctions de la découverte et de l'application du droit sont réunies dans la personne du juge ; en droit hébraïque elles étaient dissociées. Ce n'était pas aux administrateurs de la justice, mais aux prêtres et aux prophètes qu'imposait la mission de révéler le droit.

hébraïque un rôle prépondérant, unique peut-être dans les annales de l'histoire du droit. La Thora écrite, elle-même, n'est qu'un « agrégat de maximes d'origine jurisprudentielle » (1), une juxtaposition d'œuvres juridiques qui ne se différencient de nos coutumes du moyen âge que par une étendue moindre et un caractère religieux accentué. Jamais les rois hébreux n'ont eu le pouvoir législatif. A chaque page de l'histoire du droit israélite, nous retrouvons la coutume.

Et si maintenant nous passons à un droit voisin, le droit musulman, nous pouvons faire des constatations analogues. Beaucoup d'anciennes coutumes musulmanes présentent d'ailleurs de nombreuses ressemblances avec les coutumes hébraïques (2). En droit musulman, comme chez les Hébreux, la source de droit que nous nommons législation a rencontré le même invincible obstacle ; à savoir le maintien indéfini du lien de dépendance rattachant le droit à la religion. Jamais l'idée n'a pu s'implanter en droit musulman, qu'il puisse y avoir une autorité quelconque, souverain ou collectivité, qui soit doué de l'aptitude à transformer ou abroger par un acte de volonté les principes du droit existant. La coutume s'y est déroulée suivant une évolution qui n'a jamais été troublée par aucune influence (3).

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 278.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 280, et les autorités citées par lui à ce sujet.

(3) Il y a sur l'histoire des sources du droit musulman une riche bibliographie presque exclusivement en langue allemande. On en trouvera l'indication dans Lambert, *op. cit.*, p. 284, note 3.

Le *Qorân* a exactement la même origine que la *Thora* hébraïque : c'est l'ensemble des volontés divines communiquées à Mohammed dans une série de révélations partielles. Le contenu du *Qorân* est excessivement varié ; les enseignements religieux et moraux y tiennent infiniment plus de place que le droit. Les dispositions intéressant le droit ne se présentent pas dans le *Qorân* sous forme de normes juridiques ; elles ont en général le caractère de décisions d'espèce provoquées par des cas concrets et réels. Comme les Grecs de l'Iliade et les Hébreux de la Bible, les Arabes contemporains de la naissance de l'Islam demandaient au juge de dire le droit. Pour eux le juge est un envoyé de Dieu et ce sont les décisions de ce juge qui, à l'origine, ont constitué le droit tout entier.

A côté du *Qorân*, on trouve encore une source purement coutumière, la *Sounnah*, qui joue par rapport au *Qorân* le même rôle que la tradition orale par rapport à la *Thora* écrite. Comme la tradition hébraïque, la *Sounnah* a servi non seulement à combler les lacunes du *Qorân*, mais à en corriger ou à en paralyser les dispositions. Dès le II^e siècle de l'hégire l'idée que la *Sounnah* puisse abroger le *Qorân* trouve des défenseurs.

Enfin, ici comme en droit hébraïque, nous trouvons une troisième source, coutumière elle encore, l'*idjmâ' al oummah* (1). C'est l'accord unanime de la communauté, le *tacitus consensus populi* des canonistes et des glossa-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 323. — Cf. Sawas Pacha, *Théorie du droit musulman*, I, p. 33 et suiv.; *Le droit musulman expliqué*, p. 108 et suiv.

teurs (1). On a justifié l'autorité ainsi attribuée à l'opinion prédominante de la communauté en en faisant l'un des modes normaux de transmission de l'exemple du prophète, en admettant que la société islamique s'était toujours conformée scrupuleusement à toutes les instructions données par Mohammed. L'*idjmâ' al oummah* devenait ainsi un mode de conservation de l'enseignement du prophète, qui a eu pour mission non de créer le droit mais de le constater, de fournir la preuve irréfragable des révélations religieuses et juridiques faites par le prophète au nom d'Allâh. Et à l'heure actuelle l'*idjmâ* est la seule base dogmatique du droit musulman ; le *Qorân* et la *Sounnah*, n'en sont que les bases historiques. Ce n'est pas dans le *Qorân* que le qadi contemporain ira chercher les bases de sa solution, puisqu'il lui est interdit par sa religion d'en interpréter les passages ou *hadiths* ; mais dans les livres où sont exposées les solutions consacrées par l'*idjmâ* (2).

L'histoire du droit musulman, dont les origines sont aujourd'hui, parfaitement éclairées, nous montre une fois de plus qu'il ne faut pas aller chercher dans le droit primitif le germe, même lointain, de notre notion moderne de la loi, c'est-à-dire de « la réglementation raisonnée et réfléchie donnée par les organes de la collectivité aux rapports que les nécessités de la vie en société font naître entre les mem-

(1) Cf. Schnouck-Hurgronje, dans *Revue de l'histoire des religions*, XXXVII, p. 174.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 328 ; Schnouck-Hurgronje, *loc. cit.*, p. 4, note 3, p. 182.

bres du même groupement humain » (1). Nous avons vu ici encore le droit évoluer, sous l'action de l'oracle judiciaire et du jugement sur précédent, vers les types de coutumes qui, dans cette civilisation rebelle entre toutes aux influences extérieures, se sont conservées jusqu'à nos jours dans la presque intégralité de leur pureté première.

Le droit romain ne nous fournit pas pour l'observation des phénomènes qui ont présidé à la naissance du droit un champ d'observation aussi propice que les droits hébraïque et musulman. Le développement des institutions romaines pendant les phases anciennes est encore fort mal connu. « De l'histoire du droit romain, dit Ihering, nous ne connaissons, jusqu'aujourd'hui, que le cadran ; l'intérieur de l'horloge nous demeure un mystère. L'histoire sait bien que l'aiguille ne marche pas d'elle-même ; qu'une force impulsive intérieure lui imprime le mouvement.... elle ne s'est en rien préoccupé de découvrir les forces impulsives du droit (2). » Et cependant, dès aujourd'hui, les conclusions visiblement provisoires de l'histoire des sources du droit romain, nous permettent de voir quel rôle y a joué la coutume.

Pendant de longs siècles le droit romain n'a eu d'autre expression que la coutume, et ce n'est que tardivement que le législateur est venu troubler le développement

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 304.

(2) Ihering, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*. Trad. fr. de Meulenaere, *Histoire du développement du droit romain*, Paris, 1900, p. 6 et s.

naturel du droit non écrit. Jusqu'aux XII Tables Rome a vécu uniquement sous l'empire du droit coutumier (1). Les romanistes sont à peu près unanimes à affirmer que la loi des XII Tables a marqué le terme d'une phase de formation purement coutumière du droit romain et que la plupart de ses dispositions ne font que fixer par écrit des règles qui déjà antérieurement s'étaient implantées dans la pratique sans aucune intervention du législateur. Il est tellement établi que jusqu'aux XII Tables le droit de Rome a été exclusivement coutumier que Pomponius lui-même, qui admet qu'il y eut à l'époque royale des lois votées par les comices par curies, est obligé, pour les mettre d'accord avec la tradition sur le caractère coutumier du droit antérieur aux XII Tables, de supposer que ces lois auraient été abrogées après la chute de la royauté (2).

A l'origine la coutume romaine avait, elle aussi, un caractère sacré. Alors qu'il n'y avait pas encore de droit promulgué par les hommes, la coutume se rattachait aux croyances religieuses et avait pour fondement la volonté présumée des dieux (3) et il subsiste à l'époque historique plusieurs institutions qui n'ont d'autre source que cette sorte de coutume, par exemple la famille et le mariage (4).

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 398 ; Girard, *Manuel*, 4^e édit., 1906, p. 15, et 18 ; Cuq, *Inst. jurid. des Romains*, 1891, I, p. 61 ; Carle, *Li origini del diritto romano*, 1888, p. 104 et suiv.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 15.

(3) Festus, V^o *Mos* (*Thewrewk*, p. 148), *mos est institutum patrum, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones caerimoniasque antiquorum*.

(4) Cuq, *op. cit.*, I, p. 62.

Malgré les progrès incessants de la législation pendant les derniers siècles de la République et le Principat, la coutume n'a jamais cessé de figurer parmi les sources du droit. Qu'on en fasse avec Savigny (1) l'expression de l'obscur instinct de la foule, ou avec M. Lambert l'expression de l'effort conscient des experts en droit, peu importe pour l'instant. Qu'il nous suffise de savoir que la coutume, dans son sens le plus large, a toujours été à Rome, à côté de la loi, un mode de production du droit. Nombre d'institutions du droit classique ont une origine coutumière, ainsi : les prohibitions de mariage entre proches parents (2), la substitution pupillaire (3), la défense des donations entre époux (4), la curatelle du prodigue (5), la *quaerela inofficiosi testamenti* (6) et la quarte légitime (7), la responsabilité solidaire des banquiers associés pour le cas où l'un d'eux s'est engagé par la voie de l'*expensilatio* (8), l'hypo-

(1) Savigny, *Traité de droit Romain*, trad. Guénoux, 1855, p. 32 et suiv.

(2) Digeste, XXIII, 2, *De ritu nuptiarum*, f. 8 et 39, 1.

(3) D. XXVIII, 6, *De vulg. et pup. Subs.* f. 2, pr. *Moribus introductum est ut si quis liberis impuberibus testamentum facere possit.*

(4) D. XXIV, 4, *De donat. inter. vir. et ux.*, f. 4, *Moribus apud nos receptum est ne inter virum et uxorem donationes valerent.* — Cf. Cuq, *op. cit.*, I, p. 488 et II, p. 689 ; Girard, *Manuel*, p. 940. Cette prohibition a été introduite après la loi Cincia par la coutume, *moribus*, d'après Ulpien, D. h. t., 1.

(5) Ulpien au D. XXVII, 40, *De cur. fur.*, 4 pr. *Quod moribus quidem ab initio introductum est*, Paul, *Sentences*, III, 4, 7. *Moribus per praetorem bonis interdicatur.* — Cf. Girard, *Manuel*, p. 225 ; Cuq, *op. cit.*, I, p. 313.

(6) Girard, *Manuel*, p. 857-858 ; Cuq, *op. cit.*, II, p. 604.

(7) Cuq, *op. cit.*, qui s'appuie sur Plinie, *Epist.*, V, 4, 9.

(8) Auctor ad Herennium, II, 13, 19. *Consuetudine jus est id, quod*

thèque tacite du bailleur d'un fonds rural sur les fruits perçus par le fermier (1), le bénéfice de cession d'actions (2), les peines du parricide (3), l'action *injuriarum aestimatoria* (4), la puissance paternelle et son caractère de perpétuité (5), la tutelle et l'incapacité de l'impubère (6). Nous ne discutons pas pour l'instant avec M. Lambert (7) sur le point de savoir si toutes ces institutions sont l'œuvre de la coutume *stricto sensu*. Nous nous contenterons de remarquer qu'elles sont nées de ce que les Romains ont appelé dans un sens très extensif les *mores* (8), et nous prenons

sine lege aequae, ac si legitimum sit usitatum est ; quod genus « Id quod argentario tuleris expensum, ab socio ejus recte petere possis ».

(1) Cuq, *op. cit.*, II, p. 308.

(2) Cuq, *op. cit.*, II, p. 17, note 2 (Jul. D. XLVI, 1).

(3) Modestin au D. XLVIII, 9, *De leg. Pomp.*, 9 pr. *Paena parricidii more majorum haec instituta est.*

(4) Paul, *Sentences*, V, 4, § 6 et 7.

(5) Ulpian, D. I, 6, 8, et Paul D. I, 7, 34.

(6) Ulpian, *Regulae*, XI, 2, 24, et D. XXIX, 2, 8 pr.

(7) Lambert, *op. cit.*, p. 699. M. Lambert nous dit que ces institutions doivent leur naissance à la pratique judiciaire, plutôt qu'à la pratique des intéressés.

(8) Les mot *mos, mores majorum* ont eu à Rome des sens très divers. *Mos* désigne parfois l'ensemble des règles dont on ne peut suivre la formation parce qu'elles se sont dégagées dans les temps préhistoriques. — Cf. la définition donnée par Festus, v° *Mos*, rapportée *suprà*, p. 34, n. 3. — *Mos* a été pris aussi comme synonyme de *longa consuetudo*, d'usage juridique. V° Cicéron, *Topiques*, § 28, où *mos* est énuméré comme une source spéciale du droit positif, à côté de l'*auctoritas prudentium*, de l'édit des magistrats, et de la pratique judiciaire. *Mos* prend souvent une signification compréhensive et désigne en bloc tous les modes de production extra-législative du droit. *Mores* s'oppose alors à *leges*. Tel est le sens du mot *mores*, dans la première phase des commentaires de Gaius, D. I, 1, de *justitia et jure*, fr. 9. — Inst. I, 2, de *jure naturali*, 1, *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi hominum omnium jure utuntur.* —

ce mot dans son sens le plus large, désignant les normes juridiques qui se sont établies sans l'intervention du législateur; en un mot le *jus non scriptum*. Prise en ce sens, et comprenant à la fois la coutume *stricto sensu*, produit du *tacitus populi consensus*, d'une part, et d'autre part la jurisprudence, les réponses des prudents, la pratique extrajuridique et l'usage des affaires, il est incontestable que la coutume a joué très longtemps à Rome un rôle prépondérant.

Si du droit romain nous passons à l'ancien droit germanique, nous constatons une fois de plus la puissance de la coutume. Avant l'invasion, les peuples germaniques n'avaient pas de lois écrites, mais seulement des coutumes qui se conservaient par la pratique et par la tradition orale (1). Tacite, dans sa *Germanie*, nous a tracé une esquisse de ce droit primitif, où la notion moderne de législation était totalement inconnue, où le droit consistait en usages, en pratiques plusieurs fois séculaires léguées de

Cf. Auctor ad Herennium, II, 10, 14, *Deinde id quod scriptum sit, aut non posse fieri aut non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri*. L'expression *consuetudo* comporte la même acception large : Rhet. ad Herennium, II, 13, 19 : *Consuetudine jus est id, quod sine lege aequè, ac si legitimum sit, usitatum est*. — Cicéron englobe sous le nom de *jus consuetudinis* toutes les règles qui s'établissent sans le secours de la loi, et désigne comme droit coutumier le jeu des conventions, la pratique judiciaire, le droit honoraire. Il oublie seulement l'*auctoritas prudentium*. Pour Cicéron le droit coutumier embrasse tous les éléments du système juridique en vigueur qui ne rentrent pas dans la notion de la loi. — Cf. Paul, Dig., I, 2, de *Legibus*, p. 36.

(1) Brissaud, *Cours d'histoire générale du Droit français public et privé*, 1904, I, p. 76 ; De Valroger, *Les Barbares et leurs lois* (*Revue critique*, 1866-67).

génération en génération. Pendant longtemps les Germains vécurent en groupes, en tribus cantonnées sur un petit territoire. Chacun de ces groupes avait ses coutumes et ses habitudes particulières, qui dans ces cercles fermés à l'étranger, à l'*hostis*, se transmettaient de bouche en bouche et se conservaient pieusement. Mais après l'invasion, lorsque Germains et Romains vécurent côte à côte dans un commerce journalier, la tradition orale cessa d'être un guide assez sûr et de la fin du v^e siècle au commencement du ix^e on rédigea les anciennes coutumes. Les lois germaniques, ainsi rédigées, et qu'on désigne ordinairement sous le nom de *Leges Barbarorum*, ne sont autre chose que des lois populaires, que des extraits retouchés des coutumes nationales. A côté d'elles la coutume ne cessa jamais de fonctionner. Peu à peu même cette loi perd de sa fixité, et elle tend à redevenir ce qu'elle était d'abord, une simple coutume (1).

Le droit canon a été au moyen-âge le droit commun de l'Europe ; il a sa source dans l'Écriture sainte et le droit romain, et c'est là que beaucoup de ses règles ont été puisées par la coutume (2). L'Eglise a eu ses usages et ses traditions qui n'étaient pas moins respectées que ses lois. Le pouvoir législatif ecclésiastique n'a pu fonctionner librement qu'à partir des empereurs chrétiens (3) ; c'est donc

(1) Brissaud, *op. cit.*, I, p. 78. Cf. *Capitularia regum Francorum*, éd. Boretius et Krause, 1881, I, 201, c. 10 ; 144, c. 4 ; 528, c. 1.

(2) Saint Augustin, Ep. 118. « *Illa autem quae non scripta sunt, sed tradita custodimus.* » Cf. Bauduin, *De consuetudine in jure canonico*, 1888.

(3) Brissaud, *op. cit.*, p. 129.

par la coutume que s'est formée la législation primitive de l'Eglise. C'est encore par la coutume que se sont affirmées dans la suite, au sein de l'Eglise catholique, les tendances nationales. Jusqu'à nos jours chaque diocèse a eu ses usages spéciaux. Les gallicans ont été d'ardents apologistes de la coutume ; Fleury la place même quelquefois au-dessus de la loi (1). La coutume nous est connue surtout par la jurisprudence et les œuvres des docteurs : rituels, décisions du tribunal de la Rote, des congrégations cardinalices, des officialités (2). Le Décret de Gratien, les Décrétales de Grégoire IX exigent que la coutume soit ancienne, qu'elle ait duré quarante ans comme la prescription contre l'Eglise, qu'elle soit raisonnable, non contraire à la foi, aux lois fondamentales de l'Eglise et aux bonnes mœurs. Dans ces conditions, elle peut déroger au droit positif ou y ajouter.

Enfin c'est une affirmation maintes fois répétée que notre ancien droit français a été pendant de longs siècles, jusqu'à la Révolution, en grande partie coutumier. Une grande division partageait la France en deux, le Nord et le Midi. Dans le Midi on suivait principalement le droit romain, appelé droit écrit ; dans le Nord on pratiquait des coutumes. Outre cette grande division, il s'était formé des divisions secondaires. Dans le ressort de chaque Parlement, les usages

(1) Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, I, 2. Il n'y a de vraie loi, dit-il, que si la coutume l'accepte ; et il donne comme exemple l'abrogation par la coutume de la loi qui défendait de manger le sang des animaux suffoqués.

(2) Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, 1887, p. 238. Adde, Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2 vol., Paris, 1891.

de la région avaient fini par constituer un corps de solutions indépendantes distinctes de celles des régions voisines. Parmi les coutumes, les unes s'appliquaient dans un ressort très étendu, une province tout entière par exemple (coutumes de Paris, de Berry, de Bretagne, de Bourgogne, de Normandie). C'étaient les coutumes générales ; il y en avait à peu près soixante (1). Les autres étaient de petites coutumes, applicables seulement à une étroite région, par dérogation à une coutume générale. C'étaient les coutumes locales, au nombre d'environ trois cents.

Le Nord n'était pas seul à posséder des coutumes, le Midi avait aussi les siennes : coutumes de Bordeaux, de Toulouse, mais ces coutumes méridionales étaient beaucoup moins riches et moins importantes que les coutumes du Nord.

Dans son ensemble, le droit coutumier français est un alliage, très variable suivant les pays et les époques, de droit romain, de règles germaniques, de droit canon et de coutumes locales. Le caractère germanique prédomine et c'est logique, car si les Francs ont conquis la Gaule entière ils n'en ont guère occupé que le Nord, c'est-à-dire précisément la partie coutumière, si bien qu'au ^{vi}^e siècle le Midi était latin et le Nord presque germanique.

La coutume doit dans notre ancien droit réunir certaines conditions pour avoir force de loi. Elle doit reposer sur des faits publics, multiples et anciens (2). Publics, car s'ils ne le sont pas, rien ne prouve que la coutume ait force de loi

(1) Planiol, *Traité*, I, p. 14.

(2) Brissaud, *op. cit.*, I, p. 240.

dans l'opinion générale ; multiples : *Une fois n'est pas coutume*, dit Loysel ; anciens : *longa consuetudo*. Le Grand Coutumier de France exige, à l'instar du droit canon, un délai de quarante ans, pour que la coutume soit obligatoire. Quelquefois on exige l'usage immémorial, ce qui se comprend en particulier pour les matières de droit public (1). On exige encore que la coutume soit louable, raisonnable d'accord avec le droit divin (2) et les lois positives elles-mêmes. On n'admet l'abrogation des lois positives par l'effet de la désuétude que sous des conditions très rigoureuses, comme le caractère raisonnable et la durée quarantenaire ou immémoriale de la coutume.

Le droit romain et le droit canonique furent, au moyen-âge, les grands ennemis de la coutume. Leur désir de systématisation et de réglementation à outrance, les porta à contrecarrer de tout leur pouvoir la puissance de cette source, qui par sa souplesse et sa conformité constante avec le vœu des populations constituait un agent redoutable de particularisme. C'est aux pandectistes et aux canonistes que nous devons les germes d'une théorie, que nous retrouverons au cours de cette étude, et qui a si longtemps paralysé le pouvoir du droit coutumier. On trouva dans les lois romaines une doctrine d'après laquelle la loi tire son autorité du *consensus populi*. Au moyen-âge, le peuple

(1) Loysel, *Inst. Cout.*, 726 (5.3.16) : « Qui a mangé l'oie du roi, cent ans après en rend la plume ». *Nullum tempus occurret regi*.

(2) Ces exigences furent manifestées par les canonistes qui tendaient à rétrécir le plus possible le domaine de la coutume,

n'est plus souverain comme dans la Rome républicaine ; il a délégué ses pouvoirs au Prince. Les glossateurs conclurent de là que la coutume ne pouvait se former sans l'assentiment tacite du souverain ; quelques-uns même exigèrent son consentement exprès. C'était transformer la coutume en loi, et c'était bien là, en effet, le but poursuivi.

De plus les coutumiers du ^{xiii}e et du ^{xiv}e siècle distinguaient, à la suite des canonistes, plusieurs catégories de coutumes, au point de vue de l'autorité à y attacher. Les *coutumes notoires* étaient celles pratiquées depuis quarante ans, d'après le Grand Coutumier de France (1), de temps immémorial d'après Beaumanoir (2). Les parties n'avaient ni à les proposer, ni à les prouver surtout quand elles étaient générales ; elles étaient établies par leur notoriété même (3). A côté on trouve les *coutumes reconnues* en justice à la suite d'un procès, le précédent judiciaire étant à lui seul une preuve suffisante de la coutume ; les *coutumes approuvées* par le roi ou les seigneurs, dont la preuve résultait de l'acte d'approbation ; les *styles* ou usages judiciaires propres à chaque parlement ; et enfin les *coutumes privées*. Pour ces dernières les parties qui les alléguaient devaient en faire la preuve (4).

(1) I, 3, p. 192. « Coustume est un raisonnable établissement approuvé notoirement par le cours de XL ans. »

(2) Beaumanoir, 24.2, 3.

(3) P. de Fontaines, C. 22, 30. « On n'est pas reçu à fausser un jugement rendu apertement selon la commune coutume du pays. »

(4) Gaill, *Obs.* I, 36, 13 : *quia cum consuetudo sit facti et facta non praesumuntur, ideo allegari et probari debet.*

A côté de grands avantages, la coutume, par sa nature même, présentait de graves inconvénients pratiques. Si le juge avait personnellement pleine et entière connaissance de la coutume invoquée, qui était notoire et remplissait toutes les conditions voulues pour obliger, il n'y avait aucune difficulté. L'application en était aussi simple que celle d'une loi. Notre ancienne organisation judiciaire était même constituée pour que les juges pussent avoir facilement connaissance des coutumes ; c'étaient, en effet, des hommes du pays qui siégeaient comme juges, ou, à défaut de juges, c'étaient les anciens praticiens du siège qui composaient le conseil du juge. Mais il arrivait, lorsque la question était neuve, que la coutume alléguée n'était pas connue des juges. Il fallait donc la prouver, et c'était une preuve assez spéciale, puisqu'il s'agissait d'établir, non pas le fait, mais le droit.

Dans les pays de droit écrit, soumis à la doctrine romaine, la coutume se prouvait par témoins, comme un fait ordinaire ; deux témoins suffisaient à en prouver l'existence (1). Mais dans les pays coutumiers s'était introduite une procédure spéciale, l'*enquête par turbe* (*inquisitio per turbam*). Ce mode tout spécial de preuve tirait son origine d'une institution carolingienne, l'*inquisitio* des *pagenses*, qui avait jadis constitué un privilège du pouvoir royal dans les causes où ses droits étaient intéressés. Les historiens s'accordent

(1) Arrêt du Parlement de Paris de 1287, *Olim*, II, p. 268, n° 6 : « Dictum fuit per arrestum quod super consuetudines... inquireretur per testes singulares quia terra Agenensis regatur jure scripto. »

à voir dans cette ancienne *inquisitio* l'origine du jury anglais (1). Et de fait la turbe était une sorte de jury. Elle se composait de témoins ou *turbiers*, dont le nombre, d'abord indéterminé, finit par être fixé au chiffre minimum de dix (2). Ils étaient pris parmi les hommes sages et expérimentés de la région, souvent parmi les gens de loi, avocats, procureurs, notaires. Ils étaient tantôt désignés d'office par le juge, tantôt amenés par les parties elles-mêmes. Ces *turbiers* se réunissaient et le cas leur était soumis. Ils délibéraient alors entre eux, et l'un d'eux, élu comme notre chef du jury et appelé le rapporteur de la turbe, répondait au nom de tous. Comme le jury anglais, la turbe devait prendre délibération, non pas à la majorité, mais à l'unanimité des voix (3). En cas de désaccord entre les membres de la turbe, la preuve de la coutume n'était donc pas faite ; le rapporteur ne pouvait être élu et parler au nom de tous (4). La turbe, ne donnant qu'une seule réponse, finit par n'être comptée que pour un seul témoin (Ord. mars 1498, art. 13) ; et conformément à la règle ; *Testis unus, testis nullus*,

(1) Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit*, p. 721 ; Brissaud, *op. cit.*, I, p. 245.

(2) Des Mares, 275 : « prove faite et rapportée en tourbe par dix sages coutumiers. . . ou par plus ».

(3) Imbert, *Pratique*, I, p. 302 : « Un des dits témoins, que l'on appelle le rapporteur de la tourbe, pour lui et tous les autres présents, à part et séparément des parties, dit et rapporte la délibération et résolution de tous lesdits témoins, lesquels il faut estre concordans en un mesme dire. »

(4) Glose du *Grand Coutumier de Normandie*, éd. 1523 : « Et s'il y en avait un à descort, toute la tourbe seroit de nulle valeur. »

on en conclut que la coutume devait être établie par deux turbes, c'est-à-dire par vingt personnes au moins (1).

Ce mode de preuve présentait de graves inconvénients. Comme les témoins ordinaires, et pour les mêmes raisons, les turbiers étaient suspects. « *Fol est qui se met en enquete*, dit Loysel, *car qui mieux abreuve, mieux preuve* » (2). A côté de ce défaut, commun à toutes les enquêtes — et aussi à tous les temps — la preuve par turbe présentait l'inconvénient d'occasionner beaucoup de frais, à cause du nombre considérable de témoins qu'il fallait faire comparaître. De plus elle aboutissait souvent à des résultats purement négatifs, les témoins d'une même turbe ne parvenant pas à se mettre d'accord, ou les turbes se prononçant en sens contraire.

Ajoutons que ce mode de preuve n'était pas le seul employé. Au ^{xiii}^e siècle nous en voyons fonctionner un autre à Paris ; il consistait à demander l'avis du *Parloir aux bourgeois*, représentant de la municipalité et de la population parisienne, et qui, à ce titre, paraissait être l'interprète naturel des usages locaux. Quoi qu'il en soit, il était toujours assez difficile de prouver une coutume contestée ; une rédaction officielle des coutumes, venant mettre un terme aux difficultés et aux scandales occasionnés par les enquêtes par turbe, s'imposait.

(1) Challine, *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes de France*, 1676, p. 179 : « Deux tourbes estant de mesme avis font preuve entiere et concluante. »

(2) Loysel, *Inst. cout.*, 770 (5,5,1).

De bonne heure, certaines villes ou bourgs obtinrent de leurs seigneurs des chartes dans lesquelles les règles de leur coutume étaient établies, en même temps que le respect en était promis. Ces *chartes de coutumes* sont très nombreuses dans le midi de la France, du XII^e au XV^e siècle. Ces rédactions plus ou moins complètes, faites par l'autorité seigneuriale, offraient cet immense avantage que dorénavant il suffisait, pour prouver la coutume, d'invoquer le texte officiel.

C'était encore insuffisant. Ce que les chartes avaient publié et confirmé c'étaient des *coutumes locales* ; ce qu'il fallait au pays c'était une rédaction des *coutumes générales*. Le gouvernement de Charles VII se fit l'interprète du vœu public, et en 1453 l'ordonnance de Montils-lez-Tours prescrivit et organisa, par mesure générale, la rédaction des coutumes « de tous les pays de France » (1). L'opéra-

(1) Article 125 (Isambert, *Anc. lois*, IX, 252) : « Et aions entendu que les parties en jugement, tant en notre court de parlement que par devant les autres juges de nostre royaume, tant nostres qu'autres, proposent et allèguent plusieurs usages, stiles et coutumes, qui sont divers selon la diversité des pays de nostre royaume, et les leur convient prouver ; par quoy les procez sont souventes fois moult allongez, et les parties constituées en grands fraiz et dépens... Nous, voulans abrégier les procez et litiges d'entre nos subjectz et les relever de mises et despens, et mettre certaineté ès jugemens tant que faire se pourra, et oster toutes matières de variations et contrarietez, ordonnons, décernons, déclairons et statuons que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume soyent rédigez et mis en escrit, accordez par les coutumiers, praticiens et gens de chascun des dits pays de nostre royaume, lesquelz coustumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escrits en livres, lesquels seront apportés par devers nous... »

tion devait comprendre deux parties. Les officiers royaux des diverses juridictions ayant une coutume générale distincte, devaient faire un projet de rédaction, d'accord avec les praticiens du siège et les représentants de la population ; puis le projet devait être envoyé au roi, qui, après l'avoir fait examiner et réviser par des membres du grand conseil ou du parlement, le promulguerait et lui donnerait force de loi.

L'exécution de cette décision royale fut généralement lente. Le travail se fit peu à peu, plus ou moins vite suivant les provinces ; peu de coutumes furent rédigées sous les règnes de Charles VII et de Louis XI. Les coutumes du duché et celles de la comté de Bourgogne furent rédigées sous Charles VII. Si l'on en croit Commines (1), Louis XI aurait conçu une œuvre gigantesque en ce qui concerne le droit coutumier : il en aurait rêvé la rédaction d'ensemble et même l'unification des coutumes. Une impulsion sérieuse fut donnée à l'œuvre sous le règne de Charles VIII qui modifia la procédure de la rédaction. Le projet de coutume une fois rédigé par les officiers royaux du lieu, était soumis à une commission de huit membres ; après examen, deux des commissaires se rendaient au chef-lieu du pays régi par la coutume pour en faire la publication : et là, dans une assemblée où figuraient les représentants de la population,

(1) Commines, *Mémoires*, l. VI, ch. 6 : « Aussy desiroit fort que en ce royaume l'on usast d'une *coutume* et d'ung poiz et d'une mesure et que toutes ces *coutumes* fussent mises en françois en ung beau livre, pour éviter la cautelle et pillerie des advocatz qui est si grande en ce royaume que nulle aistre n'est semblable. »

ils tâchaient d'en résoudre les difficultés et de faire adopter le texte.

Louis XII continua ce système, presque sans retouches, complétant de temps à autre la commission centrale lorsque des vides s'y produisaient. Plus tard, lorsque le gros du travail eut été accompli, il n'y eut plus de commission centrale permanente, les commissaires chargés de publier chaque coutume furent directement choisis et désignés par des lettres patentes du roi. Dans ce système la rédaction officielle d'une coutume comprenait quatre phases.

Tout d'abord la rédaction du projet préparatoire. Elle était confiée au principal juge royal du pays dont il s'agissait de rédiger la coutume. Celui-ci devait en conférer avec tous les juges royaux du ressort, les avocats, les procureurs et les notables.

Venait ensuite la nomination des commissaires. Leur nombre, qui était toujours de deux sous Charles VIII, fut porté plus tard à trois ou quatre (1). Ils se rendaient sur les lieux pour publier et décréter la coutume.

La troisième opération consistait dans la publication. C'était un débat contradictoire. Les commissaires faisaient convoquer, à jour fixe, les représentants des trois ordres de la circonscription. Le clergé était représenté par les seigneurs ecclésiastiques, la noblesse par les seigneurs laïcs, le tiers par les procureurs des municipalités les plus importantes assistés des hommes de loi (2). Chaque article du

(1) Toutefois pour la rédaction de la coutume de Bretagne, il y avait en 1539 cinq commissaires, et six en 1575.

(2) Lettres de 1497 (*Ord.* XXI, 19) : « Pour faire ladite publication

projet devait être lu, discuté, et adopté à la majorité de chacun des ordres. Les textes adoptés étaient décrétés de suite ; les autres, réservés et soumis à la décision du parlement du ressort. Un procès-verbal authentique de l'assemblée était dressé et publié à la suite du texte officiel. Il constituait les travaux préparatoires de la coutume.

Enfin le texte de la coutume était enregistré par le parlement. C'est à cette occasion qu'il tranchait les textes controversés.

La plupart des coutumes furent rédigées sous Louis XII, surtout de 1506 à 1510. Celle d'Orléans le fut en 1509 et celle de Paris en 1510. Beaucoup le furent encore sous François I^{er}, par exemple celle de Bretagne en 1539 ; quelques-unes dans la seconde moitié du xvi^e siècle, par exemple celle de Normandie, de 1577 à 1583. Pour beaucoup de coutumes d'ailleurs la première rédaction ne fut pas définitive. Au bout de quelque temps la pratique en révéla les lacunes ; de là, dans la seconde moitié du xvi^e siècle, beaucoup de *réformations* de coutumes. Ainsi furent réformées, les coutumes de Bretagne en 1580, de Paris en 1580, d'Orléans en 1583. On eut alors deux textes, l'*ancienne* et la *nouvelle coutume*.

La rédaction des coutumes par l'autorité royale n'altéra point sensiblement le contenu du droit coutumier, car le

seront derechef convoquez et appelez lesdits trois états en chacun bailliage, sénéchaussée et juridiction, et en leur présence seront leues et ouvertes les difficultez trouvées en icelles par ceux des dits commissaires qui auront la charge de faire ladite publication. »

plus souvent, les rédacteurs se contentèrent d'enregistrer la coutume sans la modifier. Mais, par contre, elle eut sur le caractère et la nature du droit coutumier une influence considérable. Elle fit des coutumes de véritables *lois écrites*, tirant leur autorité du pouvoir royal qui les décréait. De là toute une série d'effets nouveaux. Le texte de la coutume est immobilisé en principe ; il ne peut plus être modifié que par une rédaction nouvelle, intervenant dans les mêmes conditions que la première et sous l'autorité du roi. Les enquêtes par turbes deviennent inutiles : défense est faite d'alléguer et de prouver une coutume en opposition avec la coutume officielle.

Toutefois, il convient de ne pas s'exagérer l'immobilisation du droit coutumier. Bien que rédigée, la coutume pouvait encore être modifiée par l'usage. D'abord par la désuétude qui, conformément au droit romain, abrogeait même les lois, et à plus forte raison les coutumes. D'autre part on pouvait soutenir qu'à côté de la disposition du texte une coutume nouvelle s'était formée. Mais il fallait pour cela prouver un usage certain et immémorial, et c'est dans cette mesure, pour établir l'abrogation par nouvel usage, que les enquêtes par turbes continuèrent à fonctionner jusqu'à ce que l'ordonnance de 1667 les eût abolies et remplacées par les actes de notoriété.

Enfin la rédaction eut une autre influence, plus profonde encore. Elle éleva le droit coutumier au rang de science ; elle en rendit possible l'étude méthodique, créant ainsi la littérature coutumière, source principale de notre droit

privé. Il n'est point de coutume qui n'ait eu ses commentateurs, et les principales en ont eu de fort nombreux. C'est grâce à ces commentateurs, pour la plupart hommes de pratique, avocats, magistrats, procureurs, que de l'extrême diversité des règles de détail se dégagèrent peu à peu de nos vieilles coutumes, un fonds identique, un ensemble de principes généraux, une sorte de droit commun coutumier de l'ancienne France. Faut-il rappeler les noms de ces illustres précurseurs de notre unité législative, à commencer par le plus ardent de tous, Dumoulin, ce génie qui pressentait à trois siècles de distance l'œuvre que devait accomplir la Révolution ; en passant par Guy Coquille avec son *Institution au droit des Français*, par Loyseau, Lebrun, Renusson, pour finir à Pothier dont l'œuvre fut la base la plus solide du Code de 1804 ? C'est parce qu'elle eut pour commentateurs les Dumoulin et les Bourjon que la coutume de Paris arriva à acquérir une place prépondérante. C'est en elle que se concentra l'expression la plus complète de ce droit commun coutumier de la France, et l'on peut dire que dès la fin du xvi^e siècle il n'y a plus en France que deux législations en présence : le droit romain d'une part, la coutume de Paris de l'autre.

Du xvi^e au xviii^e siècle l'influence du droit romain chercha de plus en plus à contrebalancer l'influence de la coutume. Mais nos anciens jurisconsultes furent assez rebelles à ce mouvement. Le rédacteur d'une ancienne ordonnance écrivait : « Li advocat ne soient si hardi d'eus mesler d'alléguier.

droit romain là où coutumes aient lieu » (1). Et l'on se souvient du vieil adage « coutume passe loi ». En somme jusqu'au Code civil les coutumes n'ont cessé de régir notre ancienne France ; elles ont représenté ce qu'il y avait de plus pur et de plus riche dans notre esprit national. Mises en face du droit romain qui essayait de s'étendre de plus en plus, elles ont opposé à ses envahissements une digue solide et conservé ainsi le meilleur du génie français.

(1) Rapporté par Viollet, *op. cit.*, p. 26.

CHAPITRE II

LA COUTUME DANS LE DROIT ÉTRANGER CONTEMPORAIN.

I. — Allemagne.

Au moment où allait commencer la préparation du Code civil allemand, la question du droit coutumier, était en ce qui touche le droit positif privé, laissée à peu près complètement à l'élaboration scientifique. A ce point de vue l'Ecole historique, avec Savigny (1) et Puchta (2) surtout, avait exercé sur la doctrine d'Outre-Rhin une influence prépondérante. Ce fut le mérite de l'Ecole historique, malgré quelques exagérations dont on eut vite fait justice, d'avoir établi l'autorité de la coutume ; et depuis cette époque la science allemande n'a cessé, en dépit de quelques fluctuations passagères, de se montrer favorable à cette source « spontanée et facilement progressive » (3) qu'est la coutume juridique. On était même allé si loin dans cette voie qu'on en arriva à considérer que le seul fondement philosophique et historique du droit consistait dans la coutume envisagée comme ex-

(1) Savigny, *Traité de Droit Romain*, traduction Guénoux, 1855, t. I, p. 32-54.

(2) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, 1828, p. 143-147, 180-213 et 213-234.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 379.

pression de la conscience collective. Nous verrons plus loin quel cas il faut faire de ces affirmations ; remarquons seulement pour l'instant que pendant tout le siècle dernier la science allemande a accordé, *théoriquement tout au moins*, au droit coutumier un rang supérieur à celui assigné au droit écrit. Elle a considéré que seul le droit coutumier était l'expression de la volonté réelle de la nation, tandis que le droit écrit, produit d'une volonté individuelle, n'était qu'une création artificielle, manquant de base.

Mais si la doctrine était favorable à l'excès au droit coutumier, un mouvement législatif nettement hostile à cette source juridique se faisait jour en même temps. A chaque pas fait par les auteurs en faveur du rôle à attribuer à la coutume comme source juridique, on eût dit que les législations germaniques eussent pris plaisir à limiter son rôle jusqu'à l'anéantir. Les Codes des Etats particuliers en effet, qui prenaient position en cette matière, se déclaraient nettement hostiles au droit coutumier. Ce mouvement législatif, défavorable à la coutume, ne datait pas d'hier ; dès le x^{ve} siècle, sous l'influence du droit canonique contraire au particularisme coutumier, les législations locales des pays allemands se montraient franchement contraires au droit coutumier (1). Le *Landrecht* de Wurtemberg, publié en 1555 (2), n'admettait la coutume que pour compléter les lois écrites, jamais contre elles ; de même le *Landrecht*

(1) Gény, *op. cit.*, p. 380 ; Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*. Paris, 1904, p. 67 et s.

(2) Wachter, *Wurtemb. Privatrecht*, t. II, 1842, § 9, p. 36-39.

badois de 1511 (1). Et plus tard au xvii^e siècle, la généralité des codes locaux allait encore plus loin et n'admettait la coutume que lorsqu'elle était formellement indiquée par la loi écrite. Dans le silence de la loi on ne reconnaissait qu'une source subsidiaire, le droit romain.

Le xviii^e siècle ne pouvait qu'accentuer ce mouvement législatif hostile à la coutume. On sait assez quel respect exagéré les philosophes de cette époque professaient au regard de la souveraineté exclusive de la loi écrite. Dans leur orgueil insensé, confiants dans la puissance suprême de la Raison dont ils firent une divinité, ils s'imaginèrent qu'il appartenait au législateur de légiférer non seulement pour le présent mais encore pour les temps à venir. Ils se crurent assez puissants pour réaliser ce tour de force de fixer le droit dans une disposition législative immuable, niant ainsi cette vérité fondamentale que les sociétés humaines sont en perpétuel changement. Le xviii^e siècle a rêvé la fixité ; « la perfectibilité même ne lui suffit pas, il veut la perfection » (2).

Ces idées devaient avoir leur répercussion forcée en Allemagne au point de vue qui nous occupe, et de fait les codifications de cette époque sont imbuës de l'influence de ces principes. Persuadés qu'ils étaient de la perfection de leur œuvre, convaincus qu'elle embrassait et réglait l'ensemble du droit privé, sans qu'il soit jamais besoin de recourir à d'autres sources, les auteurs de ces codifications

(1) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, p. 160.

(2) Ch. Adam, *La philosophie en France*, 1894, p. 55.

traitèrent le droit coutumier comme s'il n'existait pas. A peine s'occupèrent-ils des coutumes du passé pour régler leur sort par rapport à la codification et déclarer qu'elles étaient abolies.

C'est ainsi que l'*Allgemeines Landrecht* pour le Royaume de Prusse, du 5 février 1794 (1), abolissait tout le droit coutumier antérieur ayant un caractère de généralité, pour ne laisser subsister que les coutumes locales, à titre purement supplétif et à condition qu'elles ne vinssent pas contredire le droit nouveau, ou encore à condition que le Code y renvoyât expressément. « Quant aux coutumes locales, celles encore susceptibles d'application devaient être recueillies dans un délai de deux ans, et, avec les lois provinciales, former des codes provinciaux (2). »

Sur la formation du droit coutumier pour l'avenir « le Code est muet ; mais d'après les dispositions précédentes, ce ne pouvait être qu'un droit coutumier local » (3). On peut même dire plus, car une disposition générale de l'Introduction (§ 60) exclut nettement pour l'avenir toute coutume générale ou locale tendant à établir des règles nouvelles ayant force de loi, ou à abroger les dispositions législatives actuelles. C'était prendre nettement parti contre la coutume et la rayer de la liste des sources juridiques.

Plus radical encore fut le Code autrichien de 1811, qui dans son article 10 supprimait purement et simplement

(1) Gény, *op. cit.*, p. 381 ; Saleilles, *Introduction*, p. 68.

(2) Savigny, *Traité*, trad. Guénoux, p. 190.

(3) Savigny, *op. cit.*, p. 190.

toute coutume à laquelle le législateur n'eût pas formellement renvoyé (1). Exclusion d'autant plus systématique qu'on ne trouve pas un seul article du Code contenant le renvoi prévu, et que ce Code lui-même devenant le seul monument du droit privé de l'Empire enlevait, de ce fait même, toute valeur au droit coutumier qui tenterait de se constituer à l'avenir.

Il est vrai que d'autres codifications se montraient moins exclusives. Ainsi le *Badisches Landrecht* de 1809 (art. 6 d) admettait du moins la coutume comme mode d'interprétation des lois et des contrats. La même disposition se retrouve dans le Code civil saxon de 1863 (art. 28) avec toutefois cette réserve qu'il restreignait l'efficacité du droit coutumier à l'interprétation de la volonté des parties contractantes. Et le Code de commerce de Nuremberg-Hambourg (2) de 1861-1869 consacrait dans son article 1^{er} les coutumes du commerce pour suppléer aux dispositions de ce Code, en les faisant passer avant le droit civil, applicable seulement à leur défaut.

Lors de la fondation de l'Empire allemand en 1871, et sous le rapport du droit public, intervint un nouvel élément de discussion. L'article 2 de la Constitution de l'Empire du 16 avril 1871 portait que les lois d'Empire passent avant les lois d'Etats (3), consacrant ainsi la prépondérance du

(1) *ÖEsterreichisches allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, § 10. — Cf. Savigny, *op. cit.*, p. 193.

(2) Traduction française du Code de commerce allemand, par MM. P. Gide et Ch. Lyon-Caen, art. 1^{er}.

(3) Cf. Saleilles, *Introd.*, p. 72.

droit impérial sur les législations locales. La question se posait de savoir si cette disposition comprenait cette expression de législations locales, dans son sens large, c'est-à-dire comme embrassant tout le droit d'un Etat, même son droit coutumier, de telle sorte que la loi d'Empire dût briser de plein droit toutes les coutumes locales. La question en effet ne se posait pas relativement à une coutume générale formant un droit coutumier commun à tout l'Empire. En comprenant, comme on le soutenait, sous l'expression de *Lois* employée par la Constitution, même le droit coutumier, on devait en conséquence reconnaître au droit coutumier impérial, la même force qu'au droit écrit. Le problème ne se posait donc que par rapport au droit coutumier local dans la mesure où il viendrait compléter ou contredire une loi d'Empire ; il s'agissait de savoir si une coutume locale pouvait conserver quelque force en face d'une loi d'Empire.

Sur ce point l'accord était presque unanime. On admettait sans difficulté que la Constitution, en faisant prévaloir les lois d'Empire sur les législations locales, avait entendu parler de toutes les sources juridiques admises dans un Etat particulier, et qu'elle visait le droit coutumier particulariste. On en concluait que le droit coutumier local était exclu en tant que contraire à la loi ; on refusait à la coutume en face d'une disposition législative impériale toute force abrogatoire.

Mais si le droit coutumier n'avait aucune valeur pour abroger la loi, ne pouvait-on du moins lui reconnaître une valeur supplétive ? L'article 2 de la Constitution d'Empire en

excluant d'avance toute coutume territoriale contraire à une loi impériale, ne laissait-il pas quelque force à la coutume d'un Etat qui, sans aller à l'encontre du droit d'Empire, n'avait d'autre but que de le compléter ? La question était vivement controversée dans la doctrine. On disait d'une part, que le texte de la Constitution paraissait bien exiger un conflit entre la loi d'Empire et la coutume territoriale. Mais d'autre part, il paraissait certain que ce texte enlevait toute compétence législative aux Etats particuliers sur les matières ayant fait l'objet d'une loi d'Empire. Dès lors, et puisqu'on admettait que la Constitution visait en même temps les lois et les coutumes, comment admettre qu'il y eût pour ces deux sources une solution différente, qu'une coutume particulière eût de la valeur là où une loi territoriale était inefficace ?

Tel était l'état du problème quand commença l'élaboration du nouveau Code civil pour l'Empire d'Allemagne. Le terrain paraissait tout préparé pour une restriction législative à la portée du droit coutumier, et il n'y a pas lieu de s'étonner si le premier projet résolut la question dans un sens absolument négatif.

Le paragraphe 2 du projet refusait à la coutume générale ou locale toute puissance soit abrogatoire, soit modificatrice, soit supplétive (1). On ne l'admettait qu'autant que la loi y renvoyait expressément. C'était l'exclusion pure et simple

(1) *Entwurf eines B. G. für das deutsche Reich. Erste Lesung*, 1888, § 2 : « Les règles de droit coutumières ne valent qu'autant que la loi renvoie au droit coutumier. »

du droit coutumier. L'Exposé des motifs essayait de justifier longuement cette disposition. Sans contester la doctrine issue de l'Ecole historique et encore dominante en Allemagne, qui accordait force égale à la coutume et à la loi, les rédacteurs prétendaient que le législateur avait le droit incontesté de réglementer, de supprimer même au regard de la loi cette autorité législative de la coutume (1). Ils reconnaissaient volontiers que la coutume avait joué à l'origine du droit privé un rôle considérable, mais ils constataient que les progrès de la centralisation joints à la complication toujours croissante des rapports sociaux, ne pouvaient lui laisser qu'une place très minime dans le droit privé contemporain. Par ailleurs, d'impérieuses raisons pratiques semblaient commander de ne reconnaître autorité à la coutume que sur un renvoi formel de la loi ; c'était le seul moyen d'assurer l'efficacité de la codification, de consommer le triomphe de l'unité du droit d'Empire par rapport aux législations locales (2). Et si l'on objectait que la coutume était encore nécessaire pour corriger la loi en suivant l'évolution de la vie, ou du moins pour la compléter en face de situations nouvelles, les rédacteurs répondaient d'une part que le pouvoir législatif était assez actif pour parer aux situations non prévues, et d'autre part que la condamnation du droit coutumier n'atteignait ni la jurisprudence ni l'activité scientifique de la doctrine. Au surplus, la prohibition du projet ne visait nullement la coutume considérée comme

(1) *Exposé des motifs*, I, p. 3.

(2) *Motifs*, I, p. 3-9.

règle interprétative de la volonté des parties. Et dans certaines matières spéciales, le droit commercial notamment, l'influence de la coutume était laissée intacte (1). En définitive, et à travers toutes les considérations d'ordre général émises par les Motifs, il faut reconnaître que la raison décisive était le désir de supprimer par avance toute velléité de résistance à l'encontre du droit nouveau (2). Auteurs d'une codification d'ensemble, les rédacteurs du premier projet voulaient que leur œuvre fût intangible, et soustraite à toutes les influences qui par la suite pourraient venir la modifier ou la compléter.

Le premier projet suscita de vives réclamations. Assurément les raisons alléguées pouvaient paraître suffisantes pour bannir la coutume allant à l'encontre de la loi, la coutume abrogatoire. Mais pouvait-on sérieusement soutenir que la coutume supplétive, faite pour remédier aux lacunes du texte en présence de solutions nouvelles créées par le mouvement incessant de la vie, fût désormais superflue ? C'était vouloir exercer sur l'avenir une sorte de mainmise « qui ressemblait singulièrement à une entrave au progrès » (3). C'était « supprimer la seule source vraiment extérieure au juge (objective *hoc sensu*) et reposant dans les entrailles mêmes de la nation, qui pût corriger efficace-

(1) *Motifs*, I, p. 9-10. Comp. sur tous ces points ; Gény, *op. cit.*, p. 384-386.

(2) Saleilles, *Introd.*, p. 76.

(3) Saleilles, *op. cit.* Cf. D. Gierke, *Der Entwurf eines B. G. und das deutsche Recht*, 1889, p. 122-130.

ment les tendances plus subjectives de l'appréciation individuelle, et de la libre recherche scientifique » (1).

La seconde commission paraissait assez disposée à tenir compte en une certaine mesure des critiques adressées au premier projet. Toutefois elle fut d'avis, tout d'abord, d'ajourner la difficulté et d'en renvoyer le règlement et la précision à la loi d'introduction (2). La proposition de reproduire purement et simplement le § 2 du premier projet avait été écartée à la presque unanimité. Divers amendements furent proposés qui, tous, avaient pour but de reconnaître la possibilité d'un droit coutumier d'Empire, à l'effet non seulement de compléter, mais même de modifier et d'abroger la loi. On voulait surtout écarter les coutumes locales, même supplétives, comme étant contraires au but poursuivi par la codification.

Mais au vote définitif, tous les amendements furent rejetés, et la loi d'introduction ne contient aucune décision touchant la force législative du droit coutumier. Ce silence est intentionnel. On a pensé en effet que, en présence de l'interprétation donnée à l'article 2 de la Constitution d'Empire, un texte spécial n'était pas nécessaire pour exclure le droit coutumier particulariste, et que, relativement à l'introduction d'un droit coutumier d'Empire, il n'y avait qu'à laisser libre cours aux conceptions doctrinales et jurisprudentielles en faveur. La question se trouvait donc non réglée

(1) Gény, *op. cit.*, p. 387.

(2) Sur les travaux de cette commission, cons. Gény, *op. cit.*, p. 388 et les références allemandes. *Adde*, Saleilles, *Introd.*, p. 76 et 77.

législativement, et par suite abandonnée à la recherche de l'interprète. La plupart des commentateurs ont conclu de là, que le droit nouveau reconnaissait implicitement l'autorité du droit coutumier, qu'il laissait entendre que le droit écrit n'est pas forcément la seule source juridique en vigueur, que le droit peut aussi se créer par la coutume (1).

Reste à savoir quelle est la part faite au droit coutumier. S'agit-il du droit coutumier général, c'est-à-dire s'étendant à l'ensemble de l'Empire ? On est unanime à reconnaître que c'est lui qu'on a entendu réserver en abrogeant le paragraphe 2 du premier projet, et on lui accorde sans hésitation force supplétive pour combler les lacunes présentes ou futures du Code. Et même la plupart des commentateurs (2) accordent à ce droit coutumier d'Empire la même valeur par rapport aux lois existantes, que celle qui serait attribuée à une loi postérieure ; il pourra les compléter, les modifier et même les abroger.

S'agit-il au contraire du droit coutumier local, qui se formerait en certaines régions seulement ? Le problème reste un peu plus complexe. Il est vrai que l'article 2 de la Constitution d'Empire, tel qu'on l'interprète dans l'opinion dominante (3), semble bien avoir tranché la question. Ce texte

(1) Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 1897, p. 34-35. — Ertmann, *Volksrecht und Gesetzrecht*, 1898, p. 19-20.

(2) Endemann, *Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 5^e éd., 1899, I, § 12, admet seulement le droit coutumier général, à titre supplétif, sous prétexte que le juge est lié par le texte, sans pouvoir admettre la preuve de l'inexistence de la loi, si ce n'est par suite d'une autre loi qui l'abroge.

(3) Voy. ci-dessus, p. 58.

doit en effet se combiner avec l'article 3 et l'article 55 de la loi d'introduction du Code civil de 1896, puisqu'il est entendu que tout ce qui est dit de la loi l'est également du droit coutumier. Il faudrait en conclure non seulement que le droit coutumier local ne peut se former valablement dans l'avenir en contradiction avec une disposition du Code, mais encore que toutes les anciennes coutumes se trouvent abrogées, même par rapport aux institutions non réglées par le Code civil et sauf exception dans la loi. De même, il faudrait admettre que sur toutes les matières non réservées à la compétence législative des Etats, il ne peut se former de droit coutumier valable, ni pour modifier la loi, ni même pour la compléter. Toutes ces déductions ne sont que des conséquences du principe de codification posé par l'article 55 de la loi d'introduction. Et il semble bien qu'on soit arrivé à cette solution que le maintien des coutumes locales ne subsiste que dans les matières réservées au droit particulariste, dans ce que les Allemands appellent le Droit réservé (1).

Cette solution n'est pas sans avoir été vivement contestée. On a prétendu, et notamment Cosack (2), que la loi constitutionnelle, pas plus qu'une autre loi, n'avait la possibilité, sinon le droit de statuer en pareille matière. Pour Cosack, la situation à faire au droit coutumier en face du droit écrit ne saurait être qu'une pure question de fait, non une question de droit, et c'est la reconnaissance de cette

(1) Cons. sur ce point, Saleilles, *Introd.*, p. 59-66.

(2) Cosack, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts*, § 10, 3, t. I, 1899, p. 38-40 ; Adde Krückmann, *Ihering Jahrbücher*, 1898, t. XXXVIII, p. 199-207.

vérité fondamentale que le silence du nouveau Code aurait entendu consacrer. Pour lui, la coutume est une réalité de fait, « résultant d'une force sociale incoercible », et la loi ne peut rien contre une résistance coutumière, même locale. Si, dans toute une région, s'établit une coutume assez puissante pour faire échec à la loi, la loi n'aura qu'à s'incliner, et on devra reconnaître pour la région ainsi visée, que la coutume locale a une valeur juridique propre, supérieure à celle de la loi. Et c'est même en vain qu'une loi nouvelle viendrait essayer d'abolir cette coutume : une telle loi ne pourra s'appliquer que lorsqu'elle aura acquis, en fait, une puissance assez grande pour supprimer l'usage qu'elle voudrait abolir.

Ce système est hardi, et gros de conséquences. Comme l'a dit un auteur allemand (1), il suffirait « qu'un des pays de l'Empire, soumis au droit romain, comme le Schleswig-Holstein, ou au Code civil français, comme l'Alsace-Lorraine, voulût conserver à titre de droit coutumier sa législation antérieure, pour faire échec à l'unification du droit allemand ». Evidemment la loi n'a pas le pouvoir de tarir dans leur source les facteurs juridiques autres qu'elle. Bien loin de nous une pareille idée. Le législateur ferait montre d'une singulière présomption en déclarant que les prescriptions qu'il édicte seront toujours victorieuses de la coutume. Mais ce que la loi peut faire c'est exiger de ses

(1) Eck, *Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, p. 23-24, rapporté dans Saleilles, *Introd.*, p. 80.

représentants, de ceux qui ont qualité pour l'interpréter, que son autorité soit respectée et qu'elle soit appliquée à l'encontre des coutumes contraires, tant qu'ils seront assez forts pour cela.

D'ailleurs, il est bien évident que le juge devra tenir compte de la coutume pour interpréter la loi dans le sens des besoins nouveaux qui se font jour ; mais c'est là une question toute différente. Ce n'est plus la reconnaissance brutale et *à priori* de la coutume contraire à la loi. On ne dit plus au juge de s'incliner aveuglément devant la coutume, quelle qu'elle soit ; on lui dit de s'en servir comme procédé d'adaptation de la loi aux besoins nouveaux, et la coutume devient ainsi, non un mode de résistance à la loi, mais un instrument de progrès juridique, empêchant l'immobilisation du droit. La loi n'ordonne pas au juge de rejeter de parti pris toute coutume ; elle lui dit seulement de ne pas la subir et l'accepter à l'aveugle comme il ferait d'une injonction légale précise. Il semble bien que ce point de vue ait été celui des rédacteurs du Code civil allemand, et que le silence qu'ils ont gardé à ce sujet n'ait pas d'autre sens.

En résumé nous pouvons dégager de tout cet épisode législatif que nous venons de retracer, une leçon. Malgré les résistances contraires, et son vif désir d'assujettir la coutume à la loi, désir révélé par les motifs du premier projet, le législateur allemand s'est vu en quelque sorte contraint, par les faits et les tendances sociales, de laisser une place à la coutume parmi les sources juridiques. Il a gardé le silence à dessein, et le nouveau Code de commerce alle-

mand lui-même n'a pas dit un mot de la coutume dans l'intention bien nette de lui laisser une plus grande place. A la science doctrinale d'interpréter le silence législatif. Nous avons pu nous rendre compte qu'elle le faisait en s'efforçant d'accorder un rôle important au droit coutumier. Sans doute, en ce qui concerne le droit coutumier local, on se montre, comme nous avons pu le voir, plus réservé. C'est qu'il faut remarquer que le Code de 1900 fut un colossal effort d'unification, fait pour faire sortir l'Allemagne de la bigarrure des droits privés qui la régissaient auparavant, et qu'on a peur de compromettre cette unité si chèrement acquise. Aussi n'admettra-t-on sans doute les coutumes locales que pour le règlement des points de détail, dominés par des principes uniformes. Mais le droit coutumier général, commun à tout l'Empire, garde pour l'avenir toute son importance, sans distinction cette fois entre une coutume supplétive et une coutume dérogatoire. Et les juristes allemands n'ont même qu'une crainte, c'est que les conditions politiques et sociales de l'Allemagne moderne rendent presque chimérique la formation de coutumes générales, quoiqu'ils fondent grand espoir pour la formation de la coutume de l'avenir sur la jurisprudence du *Reichsgericht* rendue plus cohérente et plus puissante par l'achèvement de la codification.

II. — Législations anglo-saxonnes.

L'Angleterre et les Etats-Unis d'Amérique sont généralement cités (1) aujourd'hui comme exemples topiques de

(1) V. notamment Géný, *op. cit.*, p. 282.

grands pays vivant sous l'empire de la coutume. Et de fait, la coutume y constitue encore à l'heure actuelle le fonds général du droit. Blackstone dans l'Introduction de ses *Commentaires* nous dit que le droit de l'Angleterre a deux sources : les statuts, c'est-à-dire la législation proprement dite, et la coutume (1).

La coutume anglaise se divise d'abord en deux branches de très inégale fécondité : d'une part les coutumes générales, *general customs*, qui constituent ce qu'on appelle la *common-law* proprement dite (2) et d'autre part les coutumes spéciales ou locales — *special customs*. Les premières sont celles qui ont autorité dans tout le

(1) Blackstone, I, 63 : « *The municipal law of England... may with sufficient propriety be divided into two kinds ; the lex non scripta, the unwritten, or common-law ; and the lex scripta, the written, or statute law.* » Cf. traduction Chompré, 1822, p. 96.

(2) Blackstone (Chompré), p. 96 ; Lambert, *op. cit.*, p. 194.

L'expression *common-law* est usitée en droit anglais dans plusieurs sens différents. — V. Salmond, *Jurisprudence or the theory of the law*. London, 1902, p. 43. Voici les principaux sens :

1^o *Common-law* désigne quelquefois le droit anglais opposé à certains droits étrangers, par exemple au droit romain ou au droit canon.

2^o Plus habituellement, *common-law* désigne non plus l'ensemble du droit anglais, mais une partie de ce droit par opposition à une autre partie désignée par un nom spécial. C'est ainsi qu'on oppose la *common-law* :

a) Aux statuts ou loi écrite, législation proprement dite :

b) A l'équité. Prise en ce sens la *common-law* est ce qui reste du droit anglais, déduction faite des principes appliqués par les cours de chancellerie ;

c) Au droit spécial, c'est-à-dire aux principes dont les tribunaux n'ont pas une connaissance officielle.

L'expression est employée au texte dans son sens le plus large, c'est-à-dire embrassant l'équité au lieu de s'opposer à elle.

royaume ; les autres ne régissent que certaines régions plus ou moins étendues, ou certaines classes plus ou moins bien définies de citoyens (1). On emploie généralement, en parlant de celles-ci, le mot *custom* sans autre épithète.

La coutume générale, que Blackstone a très justement appelée « le premier fondement, la principale pierre angulaire des lois de l'Angleterre » (2), comprend deux éléments principaux, la *common-law* proprement dite et l'*equity*. La *common-law* s'est formée dans la société féodale ; elle était faite pour les besoins de cette société si profondément différente de la civilisation contemporaine. Par suite des transformations du milieu social et économique, il en est résulté rapidement une opposition profonde entre le droit officiellement en vigueur et les mœurs du pays. Le magistrat chargé de présider à l'administration de la justice dut alors intervenir pour modérer par l'équité les antiques rigueurs du droit strict. Peu à peu ces interventions devinrent régulières, il se constitua un corps de principes appliqués par chaque chancelier tour à tour, à toutes les espèces, et le résultat final fut l'établissement en Angleterre d'un second système juridique, respectueux il est vrai du droit ancien, mais qui, néanmoins, constitua un ensemble de principes rigoureux et déterminés, beaucoup plus moderne et moins étroit que celui de la *common-law*. Ce système fut appelé *equity* parce qu'il avait sa source première dans

(1) Blackstone (Chompré), I, p. 102 ; Salmond, *op. cit.*, p. 140. — Cf. Greer, *Custom in the common-law*, dans *The Law quarterly Review*, LX, 1893, p. 153.

(2) Blackstone (trad. Chompré), I, p. 112.

l'équité naturelle (1). Pour appliquer ce système, et à côté des anciennes juridictions statuant d'après la *common-law*, on vit se créer des tribunaux nouveaux, les cours d'*equity*, qui élaborèrent du xvi^e au xviii^e siècle tout un système de jurisprudence plus neuf et plus libéral que l'ancien. De sorte que, pendant fort longtemps, l'Angleterre présenta ce curieux spectacle d'un pays possédant deux systèmes juridiques rivaux, appliqués en même temps par des tribunaux différents. La *common-law*, droit ancien, contemporain de la naissance de la justice royale en Angleterre, était appliquée par les anciens tribunaux du royaume, appelés cours de *common-law*. L'*equity* était le nouveau corps de principes, appliqués par le chancelier dans la cour de chancellerie, et les cours d'*equity*. En principe les deux systèmes étaient en harmonie ; ne disait-on pas que l'équité devait suivre la loi ? (2) Mais en fait la loi et l'équité différaient profondément, elles appliquaient des règles contraires aux mêmes matières, et telle espèce était jugée d'une autre façon devant les cours royales que devant les cours d'*equity*. Le « *Judicature Act* » de 1873 mit fin à cet état de choses anormal ; il abolit toutes les parties de la *common-law* qui se trouvaient en désaccord avec l'*equity*, et aboutit à la fusion des deux systèmes en un seul corps de principes juridiques uniformes (3).

(1) Salmond, *op. cit.*, p. 51. — Cf. Lambert, *op. cit.*, p. 98-99. Sur l'*equity* anglaise et son caractère bientôt devenu archaïque, cons. Sumner-Maine, *Ancient law*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 66 et suiv.

(2) Salmond, *op. cit.*, p. 46 : « *It was a maxim of the Chancery that equity follows the law.* »

(3) Sur ces questions de *common-law* et *equity*, cf. les pages pleines d'intérêt qu'y consacre S. W. Salmond, *op. cit.*, p. 46-52.

L'*equity* n'est pas à proprement parler un corps de coutumes au sens classique du mot, et nous verrons par la suite quel argument tirent de ce fait les adversaires de la théorie romano-canonique de la coutume. Œuvre de la chancellerie et de ses tribunaux, c'est plutôt un ensemble de solutions consacrées par les cours d'*equity*, et de tempéraments apportés par elle aux règles de l'ancienne tradition (1). En somme, il s'est passé en Angleterre quelque chose d'analogue à ce qui s'est produit dans une autre législation, le droit romain, qui « par son culte aveugle de la tradition, présente tant de parenté avec la coutume anglaise » (2). Le chancelier anglais a usé du même procédé que le préteur romain, et l'*equity* anglaise ressemble singulièrement au droit prétorien de Rome. Le préteur, magistrat judiciaire suprême de Rome, avait comme le chancelier le droit de faire appel à l'équité pour corriger les erreurs et adoucir les rigueurs du droit strict, du *jus civile*. Sumner-Maine a émis sur ce rôle analogue du préteur romain et du chancelier anglais des idées fort originales (3). « Le préteur, dit-il, il ne faut pas l'oublier, était un jurisconsulte ou un homme livré à des conseillers qui étaient jurisconsultes, et il est probable que tout juriste romain attendait impatiemment l'époque où il pourrait remplir ou

(1) James Kent, *Commentaries on American Law*, 1896, I, 3^e partie, lecture XXI, n^o 4, p. 490.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 100.

(3) Sumner-Maine, *Ancient law*, trad. Courcelle Seneuil, p. 62-69. Adde sur cette comparaison entre l'*equity* anglaise et le droit prétorien à Rome : Salmond, *op. cit.*, p. 51.

contrôler la grande magistrature judiciaire. En attendant, ses goûts, ses sentiments, ses préjugés, ses lumières, étaient inévitablement ceux des hommes de sa profession, et les qualités qu'il finissait par apporter dans la fonction étaient celles qu'il avait acquises dans la pratique et les études de sa profession. Un chancelier d'Angleterre subit précisément la même préparation et porte les mêmes qualités sur le sac de laine. Lorsqu'il entre en fonctions, il est certain qu'il modifiera le droit plus ou moins avant d'en sortir ; mais jusqu'à ce qu'il ait quitté son siège, et que la série de ses décisions ait été complétée dans les recueils de jurisprudence, nous ne pouvons pas découvrir jusqu'à quel point il a éclairé ou modifié les principes que ses prédécesseurs lui avaient légués. L'influence du prêteur sur la jurisprudence romaine ne différait que quant à la période de temps pendant laquelle on pouvait la mesurer. Ses fonctions ne duraient qu'un an, et les décisions rendues pendant cette année, bien que définitives quant aux plaideurs, n'avaient aucune valeur ultérieure. Le moment où il était le plus naturel qu'il déclarât les changements qu'il se proposait d'effectuer était, par conséquent, celui de son entrée en fonctions ; aussi, en entrant en charge, il faisait ouvertement et formellement ce que son représentant anglais fait insensiblement et quelquefois sans s'en douter. »

Les deux systèmes de droit romain, le *jus civile* et le *jus prætorium*, avaient, on le voit, de grandes similitudes avec les deux systèmes anglais : *common-law* et *equity*. La seule différence c'est qu'à Rome, les deux systèmes

juridiques existaient devant les mêmes tribunaux, le droit prétorien s'imposant lorsqu'il était en désaccord avec le droit civil. Tandis qu'en Angleterre il y a pour appliquer la loi et l'équité des juridictions différentes.

Blackstone définit la *common-law* : « Une coutume générale et immémoriale déclarée telle, de temps à autre, par les décisions des cours de justice » (1) et ceci nous amène, après avoir étudié les procédés de formation de l'*equity*, à nous livrer à la même enquête par rapport aux modes de formation de la *common-law*.

La plupart des auteurs s'accordent à reconnaître que la *common-law* anglaise est en grande partie un produit de l'activité judiciaire. « En pratique, sinon en théorie, la loi commune d'Angleterre a été créée par les décisions des juges anglais » (2), dit sir W. Salmond, et il ajoute : « L'ensemble de la *common-law*, du droit non écrit est presque entièrement le produit de décisions judiciaires, recueillies dans une immense série de *reports*, qui forment un recueil ininterrompu depuis le règne d'Edouard I^{er}, jusqu'à la fin du xix^e siècle. » Et plus loin : « Un précédent judiciaire fait autorité en Angleterre ; il est non seulement une preuve

(1) Blackstone, I, p. 112. Adde : Stephen, *New commentaries* (1886), I, p. 59, qui dit : « *General immemorial custom, or common law, from time to time declared on the decisions of the Courts.* » Et sir Frederic Pollock, *Essays in Jurisprudence and Ethics*, 1882, p. 237, définit la *common-law* « la partie de la loi anglaise qui est créée, non point par les dispositions législatives, mais par les décisions judiciaires et qu'il faut chercher dans les *reports* de cas décidés ».

(2) Salmond, *op. cit.*, p. 158 : « *In practice, if not in theory, the common-law of England has been created by the decisions of English judges.* »

mais une *source* du droit » (1). Blackstone, cet écrivain pourtant très traditionnaliste, très respectueux des théories enseignées, a consacré à l'origine de la *common-law* quelques passages, qui jettent un jour singulier sur l'origine et les procédés de formation de la coutume générale anglaise. Après avoir déclaré incidemment dans son préambule (2) que l'autorité de la coutume repose sur l'adhésion générale et l'usage, il se contente d'examiner une question capitale, celle de la preuve de la coutume. Y répondre, c'est édifier complètement la théorie de la *common-law*.

« Comment reconnaît-on ces coutumes, ces maximes, et qui doit déterminer leur validité ? Ce sont les juges dans les diverses cours de justice. Ils sont les dépositaires des coutumes, les *oracles vivants*, qui doivent décider dans tous les cas douteux, et qui se sont obligés par serment à décider conformément à la coutume (*law*) du pays » (3). Il faut savoir qu'on attache en Angleterre une autorité particulière aux précédents judiciaires, grâce à une théorie spéciale au droit anglais, la théorie du *cas*, du *case-law*. L'autorité que nous attribuons sur le continent à la jurisprudence,

(1) Salmond, *op. cit.*, p. 159.

(2) Blackstone (trad. Chompré), I, p. 103.

(3) Blackstone (Chompré), I, p. 104. La traduction emploie le mot *loi* pour rendre le terme anglais *law*. Je crois, à la suite de M. Lambert, *op. cit.*, p. 182, note 1, plus conforme au contexte d'employer le mot *coutume*. — Cf. Stephen, I, p. 53. « *How are these general customs or maxims to be known, and by whom is their validity to be determined ? The answer is, by the judges of the land. They are the depositaries of the laws ; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land.* »

c'est-à-dire à la répétition uniforme et prolongée des décisions judiciaires, a été de tout temps attribuée par les jurisconsultes anglais à la simple décision judiciaire isolée, au *cas*. Ils ont même prêté à la sentence du juge une autorité bien supérieure à celle que nous accordons à une longue jurisprudence. Ils ont pris dans son sens le plus absolu cet axiome : *Res judicata pro veritate accipitur*, et en ont fait une règle. Si bien qu'une chose jugée une fois, l'est une fois pour toutes (1). Les Anglais ont doué la sentence judiciaire non seulement du pouvoir de prouver la coutume, mais encore de la fixer pour toujours. « Ces décisions, dit Blackstone, sont les preuves principales les plus authentiques qu'on puisse donner de l'existence d'une coutume de nature à faire partie de la *common-law*. Car c'est une règle établie de s'en tenir aux décisions antérieures lorsque les mêmes points de contestation se représentent » (2). Et plus loin, il ajoute : « La doctrine de la loi est donc que les décisions et règles précédentes doivent être suivies, à moins qu'elles ne soient absurdes ou injustes » (3). Et même Christian, l'annotateur de Blackstone, déclare que, même absurde ou injuste, le précédent doit être suivi (4).

M. Lambert a merveilleusement montré le rôle du magistrat anglais dans l'élaboration de la *common-law* (5). Je

(1) Salmond, *op. cit.*, p. 172 : « *A matter once formally decided is decided once for all.* »

(2) Blackstone, I, p. 104.

(3) Blackstone, I, p. 107.

(4) Cf. Lambert, *op. cit.*, p. 97, en note.

(5) Lambert, *op. cit.*, p. 183-185.

craindrais de trahir la pensée de l'auteur en la résumant, et d'ailleurs le passage mérite d'être intégralement cité. « L'expression *oracles vivants* suggère immédiatement un rapprochement entre les fonctions remplies d'une part dans l'ordre religieux par le devin antique, d'autre part en matière juridique par le magistrat anglais. Le second révèle la coutume comme le premier révélait la volonté divine. Officiellement, ni l'un ni l'autre ne font œuvre de création ni d'invention, mais seulement de découverte et d'interprétation. L'un aujourd'hui dit la coutume comme l'autre jadis disait la volonté divine. De même que, d'après les croyances des anciens, les intentions du dieu étaient arrêtées avant de s'affirmer par des oracles, la coutume anglaise, d'après les idées traditionnelles, superstitieusement conservées par les jurisconsultes modernes, préexiste aux jugements dans lesquels elle se traduit. Dès sa première application, elle est regardée comme immémoriale, comme se perdant par ses origines dans la nuit des temps. Il y a en quelque sorte deux phases nettement tranchées dans l'histoire d'une règle coutumière, l'une antérieure, l'autre postérieure à sa consécration judiciaire. Tant que cette consécration n'est point intervenue, la règle coutumière, quoique déjà existante théoriquement, représente non seulement pour le profane, mais même pour le juriste, l'inconnu, je dirai même l'inconnaissable. Le praticien sait que la règle existe, mais il doit renoncer à l'espoir de la découvrir à l'aide de ses propres lumières. La coutume anglaise, comme la volonté des dieux de l'antiquité, demeure impénétrable au vulgaire. Seuls

peuvent la percevoir quelques personnages doués, comme le devin antique, d'une réceptivité spéciale, les magistrats. Mais quand le juge a rempli sa mission, quand il a émis son oracle, quand il a reconnu à telle ou telle solution le caractère de coutume, tout change. Ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente. On ne demande pas au magistrat à quel signe il a reconnu ou deviné la coutume. Sa charge le rend apte à pénétrer les mystères de la coutume ; en entrant en fonctions il a prêté serment de les dévoiler ; dès lors, ses jugements sont l'expression même de la coutume. Quand une question déjà tranchée par une décision judiciaire est soulevée de nouveau devant les tribunaux, il suffit d'invoquer le précédent, de démontrer l'identité entre le cas antérieurement soumis aux juges et celui qui forme l'objet du litige pour que la coutume soit par là même prouvée et que le magistrat soit obligé d'y conformer sa sentence. La coutume n'acquiert donc sa valeur pratique, son applicabilité qu'au moment où pour la première fois elle est constatée par le juge. Mais à partir de cet instant elle fait loi ; désormais, on ne demandera plus au magistrat à l'occasion de cette hypothèse particulière de déclarer la coutume. Elle est connue. Elle s'impose à lui comme aux parties. On lui demande seulement d'interposer son autorité pour la faire respecter. Les précédents doivent être indéfiniment suivis. »

En réalité depuis de longs siècles, le droit coutumier anglais ne se développe que par l'activité réfléchie de ses magistrats qui, à côté de leur fonction principale qui est de

faire respecter le droit existant, en ont une non moins importante bien qu'elle soit souvent moins consciente : combler les lacunes du droit existant et le mettre en harmonie avec les innovations qui se font jour quotidiennement sous l'impérieuse pression du mouvement de la vie. Mais à côté de cette réalité il y a une fiction. « Elle consiste, dit encore M. Lambert (1), dans l'attribution de toutes les productions de l'activité judiciaire à une puissance obscure et mystérieuse à qui son caractère impersonnel et surhumain assure un prestige auquel ne sauraient prétendre les jugements, tant qu'ils se présentent comme l'œuvre de magistrats, individualités que le public sait accessibles à l'influence des préjugés, des partis pris, de toutes les passions humaines. Cet être de raison qui s'empare de la pensée du magistrat, la gouverne, un peu comme le dieu antique s'agitait dans l'esprit du divin, qui parle par sa bouche, lui dicte ses arrêts et les couvre de son autorité ; c'est la *coutume immémoriale*, sanctifiée par la supposition d'une reconnaissance universelle, de l'adhésion unanime d'une longue série de générations. » Chimère, dira-t-on ? Mais chimère nécessaire, dans un pays où les masses n'ont pas encore atteint un degré suffisant d'élévation sociale. N'oublions pas que les magistrats sont des hommes, et comme tels sujets aux suspicions, que d'autre part toute innovation avouée provoque des résistances, et qu'on a besoin pour inspirer confiance au peuple de lui présenter une puissance qui a tout réglé et tout prévu, même l'avenir, une coutume immémoriale qui en fait n'a

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 193-194.

jamais existé suivant la forte expression de Sumner-Maine « que dans les nuages ou dans le sein des magistrats » (1).

A côté de cette coutume générale, qui seule ait conservé jusqu'à nos jours sa productivité et sa prospérité, on trouve en Angleterre une autre variété de coutume. Ce sont les coutumes particulières, qui régissent seulement les habitants de districts particuliers.

D'après Blackstone (2) ces coutumes sont les restes de la multiplicité des coutumes locales dont fut déduite la *common-law*, chaque district sacrifiant mutuellement une partie de ses propres usages spéciaux afin que tout le royaume pût jouir de l'avantage d'une législation uniforme, Mais certains comtés, bourgs ou manoirs ont joui très anciennement — on ne sait trop pourquoi — du privilège de conserver les coutumes qui leur étaient propres. C'est ainsi qu'il existe une coutume particulière connue sous le nom de *gavelkind* dans le comté de Kent et dans quelques autres districts. Telles sont encore les coutumes propres à plusieurs bourgs anciens, appelés pour cette raison *bourg-anglais* (*Borough English*), les coutumes spéciales à certains manoirs, enfin les coutumes particulières de la ville de Londres, relatives au commerce, aux apprentis, aux orphelins, etc. (3).

(1) Sumner-Maine, *Ancient law* (Courcelle-Seneuil), p. 32.

(2) Blackstone, I, p. 115.

(3) Blackstone, *op. cit.*, I, p. 117, range parmi les coutumes particulières, la coutume commerciale, *custom of merchants*. Mais cette coutume, jouit de l'autorité attachée à la loi commune. Blackstone, d'ailleurs reconnaît qu'elle est greffée sur la *Common-law*, qu'elle en

Les auteurs anglais décrivent au sujet de cette coutume particulière tout un réseau compliqué de règles, étrangères à la coutume générale. C'est d'abord la théorie de la *preuve* de la coutume. Pour les coutumes de *gavelkind* et de *Borough-English*, il est inutile de prouver qu'elles existent de fait, puisque la loi les prend en considération, il faut seulement prouver qu'elles s'appliquent aux terres dont il est question. Pour les autres coutumes, la preuve à fournir porte à la fois sur leur existence même et sur leur applicabilité.

Lorsque l'existence d'une coutume a été prouvée, il faut en démontrer la légalité, car c'est une maxime de loi que *Malus usus abolendus est*. Les principales conditions requises pour la légalité d'une coutume sont les suivantes (2) :

Une coutume doit être *raisonnable*, conforme à la justice et à l'utilité publique. Ce n'est pas à dire que les tribunaux soient libres de rejeter une coutume quand ils ne la croient pas absolument sage et juste, ou quand ils estiment qu'ils pourraient formuler dans leur sentence une règle de droit meilleure ; non ! Pour qu'une coutume soit privée de son autorité il faut qu'elle soit tellement contraire au droit et à la raison que son application causerait plus de mal que le refus des magistrats de l'appliquer.

La coutume doit être *immémoriale*. Il faut qu'elle ait été fait partie (p. 117, *in fine*). *Adde*, Stephen, *New. Comm.*, I, p. 62. *used so long, that the memory of man runneth no to the.*

(1) Blackstone, I, p. 118 ; Stephen, I, p. 63 et s.

(2) Voy. là dessus, Blackstone, I, p. 122 et s. ; Stephen, I, p. 67 et s. ; Salmond, *op. cit.*, p. 140 et s.

contrary (1). La mémoire humaine dont il est ici question est la mémoire légale, c'est-à-dire remontant à la première année du règne de Richard I^{er}. Si l'on peut assigner à une coutume une origine postérieure au début du règne de Richard I^{er}, elle perd toute légalité (2).

La coutume doit encore avoir été *continue* ; il faut qu'elle n'ait jamais été interrompue, tout au moins théoriquement ; elle doit avoir été pratiquée *paisiblement*, sans contradiction, sans opposition sans contestation ; avoir un sens déterminé, *certain*.

Il faut encore à la coutume, -ce qu'on a appelé l'*opinio necessitatis*. On entend par là la conviction des intéressés que la coutume est *obligatoire* et non pas seulement facultative. « Une coutume, dit Blackstone (3), qui soumet tout habitant à une taxe pour l'entretien d'un pont, est légitime : mais si elle laisse à chacun la liberté d'y contribuer à volonté, elle est insignifiante et absurde ; ce n'est pas une coutume. »

Enfin les coutumes doivent *concorder* entre elles ; une coutume ne peut être en opposition avec une autre. Il faut de plus qu'elles soient *conformes aux statuts* et à la *common-law*. Aucune coutume d'aucune sorte n'a d'autorité contre la loi.

(1) Conf. Salmond, *op. cit.*, p. 144 : « Custom was immemorial, when its origin was beyond human memory. »

(2) Blackstone, I, p. 120 ; Stephen, I, p. 64.

(3) I, p. 129.

Toutes ces conditions exigées de la coutume particulière convergent avec évidence vers le même but : paralyser le fonctionnement de la coutume locale, l'empêcher de s'alimenter d'éléments nouveaux, et en préparer l'élimination progressive. Cette réglementation a été l'une des armes les plus efficaces employées dans la lutte contre l'usage local, l'une des manifestations les plus saisissantes de la réaction contre le morcellement infini du droit.

Tel est, décrit dans ses grandes lignes, le fonctionnement de la coutume anglaise. Nous avons pu voir que dans ce pays, le seul vivant aujourd'hui sous l'empire exclusif de la coutume, on s'efforce de réglementer la coutume locale, pour arriver à ne laisser subsister qu'une coutume uniforme, la coutume générale, basée sur d'innombrables décisions judiciaires, qui continueront dans l'avenir à être la source, imparfaite il est vrai, mais seule féconde de tout le droit privé anglais.

Le droit écossais, quoique étroitement apparenté au droit anglais, s'en différencie néanmoins à plusieurs points de vue. Il s'en différencie d'abord par son contenu : le droit écossais, en effet, a subi beaucoup plus profondément que le droit anglais l'empreinte de la législation romaine. Et de plus ses méthodes traditionnelles d'élaboration ne sont pas les mêmes. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter au livre de John Erskine, les *Principles of the law of Scotland*, ouvrage qui, d'après M. Lambert, tient dans l'enseignement des universités écossaises, une place comparable à

celle qu'occupe dans nos universités françaises le Code de 1804 ; qui, selon le mot d'un auteur contemporain, y constitue le *text-book of the scots law class*. Pour Erskine, fidèle traducteur des conceptions régnantes au xviii^e siècle, le droit écossais n'a que deux sources : *statute law* et *common-law*. La loi coutumière est celle qui, sans être expressément contenue dans des statuts, tire sa force du consentement tacite du Roi et du peuple. Il est vrai que ce consentement a de tous temps été présumé. Mais à l'époque d'Erskine on peut dire que le droit écossais échappait encore au régime des *case-law*. Il déclare que la sentence judiciaire n'est pas douée de l'aptitude à fixer pour l'avenir le point de droit qu'elle tranche ; qu'elle s'impose seulement aux parties qui l'ont sollicitée, et non pas aux juges qui seront saisis plus tard de la connaissance de causes semblables. Et pourtant, d'après lui, c'était déjà une opinion communément reçue de son temps que tout trait uniforme des jugements ou des décisions de la *Court of session* forme partie intégrante du droit coutumier national (1).

Il est vrai que cette seconde différence entre le droit anglais et le droit écossais s'est rapidement atténuée au cours du xix^e siècle. Sous l'influence de la littérature juridique

(1) Erskine, *Principles of the law of Scotland*, 1^{re} édition, 1754, 19^e édition par Rankine, 1895, Edimbourg, I, 1, § 17, p. 7. « *An uniform tract of the judgements or decisions of the Court of session is commonly considered as part of our customary law... but decisions, though they bind the parties litigating, have not, in their own nature, the authority of law in similar cases : yet, where they continue uniform, great twaight is justly laid on them.* »

anglaise, il s'est produit en Ecosse une pénétration très apparente des procédés de formation du droit propres à l'Angleterre, et notamment du régime du jugement sur cas. Le plus récent éditeur du manuel d'Erskine, John Rankine, constate qu'à l'heure actuelle l'étroite hiérarchie qui relie toutes les juridictions, depuis la Chambre des Lords jusqu'aux tribunaux inférieurs, se traduit par cette conséquence que les motifs de décision, relatés dans les recueils de *reports*, émanant d'une Cour supérieure, lient, quand le même cas se présente, les tribunaux inférieurs. Il suffirait de dire que la Cour de dernier ressort est elle-même liée par ses propres décisions pour arriver à reconstituer exactement la théorie du *case-law* telle qu'elle est exposée par les théoriciens anglais.

Les Etats-Unis d'Amérique ont conservé la trace de la domination anglaise ; le droit américain, comme le droit anglais, a deux sources, *statute law* et *common-law*.

James Kent (1) définit la *common-law* : « la réunion des principes, usages et règles d'action applicables au gouvernement et à la sécurité des personnes et de la propriété, qui ne tirent pas leur autorité d'une déclaration de volonté expresse et positive du législateur ». Et il ajoute qu'une grande partie des règles et des maximes qui constituent l'immense code de la *common-law* est entrée dans l'usage par adoption progressive, et a reçu de temps en temps la

(1) James Kent, *Commentaries on American Law*, 14^e éd. par Gould, Boston, 1896, t. I, lecture XXI, p. 471.

sanction des cours de justice, sans aucune intervention législative. La coutume a été constituée par l'application des principes de justice et de raison naturelles aux cas particuliers. Cette *common-law* a été reconnue et adoptée, comme système légal, par plusieurs constitutions des États-Unis, notamment les États de Massachusetts, de New-York, de New-Jersey et de Maryland.

A côté de la *common-law*, le droit américain connaît aussi le système du *case-law*. Les *reports* de décisions judiciaires, dit Kent, contiennent la preuve la plus certaine, l'autorité la plus grande, et l'application la plus précise des règles de la *common-law* (1). Toutefois, en cette matière, une révolution inverse de celle que nous avons constatée pour le droit écossais, s'est produite en Amérique au cours du siècle dernier. Si la *common-law*, survivant à la domination anglaise, s'est définitivement acclimatée aux États-Unis, ce n'a pas été sans subir de notables transformations dans ses méthodes de développement, et particulièrement en ce qui concerne la théorie du *cas*.

James Kent signalait dès 1826, dans la première édition de ses *Commentaries*, quelques-uns des dangers de la superstition du cas, du respect attaché aux décisions trop anciennes (2). Le mouvement de réaction dont témoignait

(1) James Kent, *op. cit.*, lecture XXI, p. 474. « *The reports of judicial decisions contain the most certain evidence, and the most authoritative and precise application of rules of the common law.* »

(2) Kent, *op. cit.*, p. 478. « *The great difficulty as to cases consists in making an accurate application of the general principles contained in them to new cases, presenting a change of circumstances. If the analogy*

déjà l'œuvre de Kent, n'a fait que s'accroître. Le régime du cas continue toujours à fonctionner dans la *common-law* américaine, mais il n'a plus le même caractère de rigidité qu'en Angleterre ; il tend de plus en plus à se rapprocher des systèmes de jurisprudence du continent. On voit les écrivains américains critiquer et discuter les autorités judiciaires avec une liberté qu'on ne tolérerait point en Angleterre. La tendance américaine actuelle n'est plus de considérer les décisions judiciaires comme des oracles dont il est impossible de s'écarter, elle consiste à dégager d'une longue suite de décisions les principes qu'on retrouve sans cesse à travers les détails et les contingences de chaque procès, à faire de ces principes une règle de droit, un système jurisprudentiel. Aussi arrive-t-il de plus en plus fréquemment que les tribunaux américains s'affranchissent ouvertement de l'influence de précédents trop notoirement surannés.

L'évolution américaine, on le voit, est l'antipode de l'évolution écossaise. Je vois, pour ma part, dans ces nouvelles méthodes, un progrès qui, d'ailleurs, n'a pas échappé à nos voisins d'Outre-Manche. Sir Frédéric Pollock lui-même reconnaît la supériorité des méthodes pratiquées aux Etats-Unis et il exprime la crainte de voir le centre intellectuel de l'organisme juridique anglo-saxon passer de la

be imperfect, the application may be erroneous. The expressions of every judge must also be taken with reference to the case on which he decided ; we must look to the principle of the decision, and not to the manner in which the case is argued upon the bench, otherwise the law will be thrown into extreme confusion. »

côte Est à la côte Ouest de l'Atlantique (1). Il ne tient qu'aux Anglais d'empêcher ce mouvement, en laissant circuler à travers leur vieux droit mort un peu de vie et de lumière.

(1) F. Pollock, *Les origines d'une Coutume* dans *Introduction à l'étude de la science politique*, trad. fr., Paris, 1893, p. 339.

CHAPITRE III

LES THÉORIES TRADITIONNELLES SUR LA COUTUME.

Nous avons vu, jusqu'à présent, le rôle joué par la coutume aux diverses époques. Souveraine sans rivale à l'origine, c'est par elle que le droit primitif a bégayé ses premières règles ; plus tard, à travers toutes les phases de l'histoire, elle a eu, dans l'élaboration du droit privé positif, un rôle prépondérant ; et de nos jours encore, amoindrie, il est vrai, par les progrès croissants de la législation écrite, elle conserve néanmoins, dans des pays voisins du nôtre, une place considérable.

Arrivé à ce point de notre étude, nous devons maintenant essayer de dégager de ce qu'on appelle le droit coutumier une définition aussi exacte que possible. « Les définitions, a dit un juriste contemporain (1), n'apprennent pas grand'chose ; elles ont toutefois une utilité : elles sont un instrument de précision très propre à simplifier les idées... Puisque le langage est l'instrument nécessaire de la pensée, toute imperfection dans l'instrument ou dans la façon de s'en servir expose, si on n'y prend garde, à d'inévitables confusions. » La précaution, utile à prendre à l'orée de toute

(1) Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par son fils Robert Beudant, *Introduction*, Paris, 1896, p. 3.

discussion, est ici, plus que jamais, nécessaire. C'est là, je crois, que réside toute la difficulté de notre sujet. Et nous verrons que si tant d'opinions diverses ont pu prendre naissance relativement au problème qui nous occupe, c'est justement parce qu'on a donné de la coutume des définitions aussi diverses qu'opposées.

Malheureusement ce n'est pas la moindre difficulté de notre sujet que de « fixer, en une notion précise et indépendante, le phénomène social, si mouvant, si multiforme, si hétérogène, qu'est la coutume juridique » (1). En matière d'idées abstraites, on manque trop souvent de bases positives, et le raisonnement le plus droit est sujet à erreur. Ce n'est qu'en s'appuyant sur les idées des auteurs précédents, sur les systèmes déjà édifiés, qu'on peut avoir quelque chance de succès dans la recherche de la vérité. Nous commencerons donc par exposer les théories traditionnelles sur le droit coutumier pour, après les avoir discutées, voir si elles sont suffisantes et s'il ne vaudrait pas mieux les modifier. Ces théories, dont la plupart sont fort anciennes, ont été désignées d'un nom unique ; elles sont devenues : la théorie romano-canonique de la coutume.

« Les éléments essentiels de cette notion tendancieuse de la coutume, dit M. Lambert (2), ont été fournis, d'une part, par la législation canonique, qui, dominée, à l'époque où s'arrêtent ses lignes principales, par la préoccupation d'organiser fortement le principe d'autorité jet d'assurer l'unité

(1) Gény, *op. cit.*, p. 277.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 111-112 et les références citées par l'auteur.

de constitution et de discipline au sein de l'Eglise, était peu portée à favoriser la coutume, asile naturel du particularisme, mais la tolérait comme un phénomène inévitable en cherchant seulement à en limiter le plus possible le développement ; d'autre part, par les compilations de Justinien, rédigées dans l'une des périodes de foi la plus aveugle à l'omnipotence législative. » On connaît les fameuses constitutions de Justinien, proclamant son œuvre législative parfaite, en interdisant tout commentaire privé et — orgueil bien humain de législateur — réservant à l'Empereur seul, l'interprétation des doutes qui viendraient à surgir sur le sens des lois (1). Par la suite, et pendant des siècles, le grand travail des glossateurs, postglossateurs, canonistes et légistes, fut d'assurer la suprématie des principes du droit romain, plus ou moins transformés par l'interprétation, sur les usages locaux et les coutumes. Aussi s'emparèrent-ils des éléments romains et canoniques de la coutume qui furent par eux fondus et combinés pour devenir entre leurs mains une arme de combat contre la productivité du droit coutumier. Partisans de la législation, de la règle de droit écrite, ennemis jurés de tout droit autochtone et spontané, ils se servirent de cette arme avec une sûreté redoutable, greffant sur la théorie primitive nombre de théories accessoires, comme celles de l'*irrationabilité*, de la preuve, qui leur permirent, sous un prétexte ou sous un autre, d'écarter

(1) C. 1, § 2 ; C. 2, § 21 ; C. 3, § 21 ; C. *De veteri jure enucleando*, I. 17, et C. 12, § 1 ; C. *De legibus*, I. 14.

ter ou de rendre impossibles quantité d'usages contraires à l'esprit du droit romain ou du droit canon (1).

Les pandectistes, successeurs naturels des postglossateurs, ont évidemment recueilli leur théorie avec le plus grand soin ; ils ont même cherché à la rétrécir encore. Héritiers des idées des canonistes et des légistes, vivant et écrivant pour la plupart en un pays où le droit romain a conservé le plus longtemps son tyrannique empire, l'Allemagne, les pandectistes du siècle écoulé ont fortifié jalousement la théorie romano-canonique de la coutume, à tel point qu'aujourd'hui encore et malgré les efforts incomplets de l'Ecole historique, elle domine toute la littérature juridique. Deux ouvrages récents de très grande valeur, dont l'un surtout a fait grand bruit en France, ont reproduit la doctrine romano-canonique, en essayant de lui donner une forme nouvelle. L'un est le livre si connu et si justement apprécié de M. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* ; l'autre une étude très fouillée de M. Siegfried Brie, l'éminent professeur de Breslau, intitulée *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht* et qui contient l'historique de la doctrine des pandectistes. C'est d'après le premier de ces ouvrages, principalement, que j'essayerai d'exposer aussi fidèlement que possible, la formule actuelle de la théorie coutumière d'origine romano-canonique.

Je n'ai certes pas la prétention de donner du livre de

(1) Sur ces tendances des glossateurs, canonistes, légistes, etc., consulter le livre récent de M. Siegfried Brie, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1899, I, p. 95 à 202.

M. Gény une analyse. Ce serait faire injure à tous ceux qui pensent. Tout le monde sait assez quelle en est la vigueur et l'originalité, et quel inestimable service il a « rendu à tous ceux qui conservent encore le culte passionné du droit civil français » (1). Qu'il me soit permis néanmoins de faire part de l'impression de surprise qu'on ressent après avoir vu, dans une première partie, l'auteur s'efforcer de prouver que la loi est impuissante à tout prévoir, arriver, dans la section consacrée à la coutume, à ne laisser à cette source qu'un rôle insignifiant. Peut-être est-ce, comme le prétend M. Lambert, « désir de restreindre la productivité des sources du droit positif pour élargir d'autant le champ laissé à l'action de la libre recherche scientifique et, par son intermédiaire, au droit naturel ». Peut-être est-ce que M. Gény s'est vu contraint de s'inspirer de la littérature juridique allemande, la seule de nos jours qui ait approfondi la question. Toujours est-il qu'on retrouve très franchement dans son livre, à la fois les éléments de la théorie romaine et canonique, et l'hostilité des postglossateurs contre les productions coutumières du droit.

Le concept romano-canonique de la coutume s'analyse en deux éléments : l'élément externe ou matériel, *consuetudo*, qui n'est autre que l'usage, la pratique d'une certaine durée et d'une certaine consistance, et l'élément interne ou psychologique, *opinio necessitatis*, le sentiment de l'obligation de cet usage, la croyance qu'il est pourvu d'une sanc-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 117. M. Lambert ajoute : « J'estime, pour ma part, que son œuvre est destinée à former époque. »

tion lui imprimant le caractère de nécessité juridique. « A la prendre dans sa manifestation extérieure, la coutume se présente comme un fait, ou plutôt comme un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique. En effet, la formation d'un droit coutumier suppose, d'abord, que par une suite suffisante d'actes répétés, se soit établie une pratique constante, concernant un rapport de la vie sociale. Et voilà l'élément de fait qui sert à la coutume de *substratum* nécessaire. Mais ce n'est pas encore assez. Il faut, de plus, pour qu'un rapport, consacré par l'usage, soit érigé en rapport de droit positif, que la pratique, d'où il résulte, le constitue avec un caractère de nécessité (*opinio necessitatis*) de façon à l'imposer, au besoin, en vertu d'une règle munie de la sanction publique. Et, c'est en ce sens seulement que cette pratique révélera un sentiment juridique » (1). Serons de plus près l'analyse et voyons ce que sont ces deux éléments.

Le second, l'élément psychologique, est celui par lequel la théorie a subi les variations les plus apparentes. Trois manières, — extérieurement très distinctes, mais au fond peu différentes — de comprendre cet élément intellectuel qui transforme le simple usage en coutume juridique, ont été à tour de rôle adoptées par les constructeurs de la doctrine courante.

La première, la plus ancienne, fut mise au jour par les glossateurs et les postglossateurs qui l'empruntèrent aux

(1) Génv, *op. cit.*, p. 278.

compilations de Justinien. Partant de cette idée que seule la loi écrite était le type de la source juridique idéale, imbus de l'idée de l'omnipotence de la volonté du législateur, ils pensèrent ne pouvoir justifier la coutume qu'en y voyant une *loi tacitement consentie*. D'où cette explication suivant laquelle, tandis que par la loi écrite, le peuple exprime directement et formellement sa volonté, il la révèle non moins efficacement, mais silencieusement par la coutume. Pour eux l'élément psychologique, soi-disant indispensable à la formation de la coutume juridique, résidait donc dans une sorte de consentement implicite de la population à l'établissement de l'usage, dans une convention et une approbation tacite de l'ensemble des citoyens : *tacitus populi consensus* (1).

Pour M. Lambert, cette théorie « constituait plutôt une tentative d'explication ou de justification rationnelle qu'une analyse scientifique de la coutume » (2). Il y voit un artifice comparable à celui qu'employèrent plus tard les théoriciens

(1) V. Julien, fr. 32, § 1, D. *de legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, I, 3. « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur. Nam, cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptæ sunt, merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes : nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis ? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* » Adde : Gaius, Com. III, 82 ; Hermogénien, f. 35, D. *De legibus*, I, 3.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 123. M. Lambert ajoute que cette théorie « fut inventée dans le but exclusif de prêter à cette source de droit la même origine qu'à la loi, de lui donner le même fondement, la volonté du peuple, c'est-à-dire du législateur. »

de la monarchie absolue dans la création du système de la délégation royale. Qu'on nous permette de citer la page où il établit cette magistrale comparaison. « Ces écrivains (les théoriciens de la monarchie), dit-il, se heurtaient, dans le développement de leur thèse, à un certain nombre de phénomènes — vestiges des démembrements féodaux de la puissance publique, des anciennes formes d'appropriation des attributs naturels de la souveraineté par des particuliers ou des groupes, comme les justices seigneuriales, ecclésiastiques et municipales ; germes d'institutions représentatives comme les Etats généraux — qui étaient en contradiction évidente avec le principe de la monarchie absolue et dont l'origine remontait à des périodes où la constitution politique de la société avait reposé sur de tout autres bases. La préoccupation qui les guida constamment dans l'étude de ces institutions fut, non point d'en analyser fidèlement le fonctionnement traditionnel, mais de leur donner une structure juridique, une justification théorique qui les conciliât, tout au moins en apparence, avec la notion de la monarchie absolue. Ils y parvinrent en recourant à la fiction de délégation royale, en supposant que toutes ces institutions avaient leur source dans des concessions volontaires consenties par la royauté. Peu leur importait que cette supposition fût manifestement contraire à la vérité historique, pourvu qu'elle leur permît de fermer les yeux sur les multiples échecs que l'existence de ces événements infligeait à leur thèse. L'idée romaine de l'établissement de la coutume par l'effet du consentement tacite des citoyens a une origine

fort analogue. Elle fut créée par des jurisconsultes dans l'esprit desquels se trouvaient profondément enracinées la croyance à l'omnipotence législative et la conviction que les règles juridiques ne peuvent tirer leur autorité que d'un ordre donné à l'individu par la collectivité à laquelle il appartient ou par les représentants de cette collectivité, mais qui, pourtant, voyaient se produire sous leurs yeux des phénomènes d'éclosion extra-législative du droit, démonstrations vivantes de l'inanité de leur croyance. Pour éviter de reconnaître les démentis ainsi infligés par l'expérience à leur conception aprioristique de la nature du droit positif, ils étaient d'autant plus facilement poussés à recourir à une fiction que, de tout temps, cet expédient juridique a été familier au génie romain. La fiction de consécration de la coutume par l'approbation tacite des citoyens, leur rendit des services comparables à ceux que fournit plus tard à nos anciens publicistes la fiction de délégation royale. De même que la seconde constitua entre les mains des théoriciens de la monarchie absolue un moyen de prêter l'apparence extérieure de manifestations de la prérogative royale à des faits qui présentaient en réalité le caractère d'atteintes à cette prérogative, la première fut employée par les jurisconsultes romains pour rattacher artificiellement à l'activité législative — seul mode d'établissement du droit qui leur paraît légitime — les productions d'une source juridique indépendante et rivale. »

Les glossateurs et les postglossateurs, convaincus de cette vérité romaine d'une communauté d'origine entre la

loi et la coutume, ont étudié cette théorie avec leur minutie habituelle, cherchant à en faire jusque dans les détails une application pratique. C'est ainsi qu'ils ont gravement discuté sur la façon dont sera émis et les signes par lesquels sera révélé ce consentement tacite du peuple, qu'ils se sont demandés si la simple majorité des citoyens suffit (1), s'il faut tenir compte des membres de la communauté sociale qui n'ont point accès aux assemblées législatives, comme les femmes, discussions dont le vide et la puérité nous montrent l'inanité du système.

Lorsque l'évolution progressive des idées et des constitutions eut fait passer l'exercice du pouvoir législatif du peuple à l'empereur, l'ancienne théorie, édifiée par les jurisconsultes romains, se trouva ne plus répondre à la réalité. L'argumentation construite par les Romains de la fin de la République avait perdu son enchaînement et sa portée. Il eût fallu, en face du nouvel ordre des choses, y apporter un correctif et substituer l'approbation tacite de l'empereur à l'approbation tacite du peuple. Cette exigence de la *patientia principis* se précise dans les écrits des postglossateurs. Mais cette addition à la théorie romaine fut l'objet de vives controverses (2). Les plus hardis se contentèrent de greffer sur la fiction ancienne du consente-

(1) V. sur ces points le livre cité de M. Brie, p. 141-144 et 146-152. La tendance déjà marquée chez les glossateurs à se contenter de la simple majorité l'emporte définitivement chez les postglossateurs.

(2) Sur ces mouvements d'idées, cons. Brie, *op. cit.*, p. 146-152 et Lambert, *op. cit.*, p. 126, note 1.

ment populaire la fiction nouvelle d'autorisation implicite par le souverain. Ce dernier élément arriva à prédominer à mesure que le système se propageait, et la théorie romaine aboutit, sous les régimes monarchiques d'Europe, à n'admettre de coutume que celle qui fut revêtue de l'approbation tacite du souverain, seul investi du pouvoir législatif. Elle se trouva, au XVIII^e siècle, correspondre exactement aux idées dominantes sur la toute-puissance de la loi, et c'est en s'inspirant de ces idées que les Codes modernes, issus de la Révolution, ont fait si petite la place laissée au droit coutumier.

De nos jours, c'est encore la même conception qui a fait écarter la coutume du rang des sources juridiques par la plupart de nos auteurs (1). Les constitutions politiques ayant restitué au peuple, sous la forme des assemblées représentatives, le pouvoir législatif, c'est au nom de la théorie primitive, de celle qui donnait le consentement tacite du peuple comme base à la coutume, qu'on refuse au droit coutumier toute force obligatoire. Puisque toute loi, chez nous, est l'œuvre de représentants élus, légiférant suivant des règles constitutionnelles nettement définies, il est évident que la volonté du peuple qui se manifeste sans ordre, en dehors des procédés constitutionnels, ne peut pas créer le droit. Pareil raisonnement suppose comme prémisse

(1) Demolombe, I, n^{os} 32-35 ; Aubry et Rau, §§ 23 et 29, I^{er}, p. 75-76 et 96-97 ; F. Laurent, *Avant-projet de révision du Code civil* sur l'art. 28, n^o 5, t. I du *Commentaire*, p. 171-172 ; Huc, *Com. du Code civil*, I, p. 58-60.

indiscutable, que la coutume ne pourrait se justifier qu'en y voyant une loi tacitement consentie. « La coutume, dit M. Esmein (1), c'est la règle de droit établie par un usage constant. *Elle tire sa force obligatoire du consentement tacite de la population.* » Et même un auteur éminent, M. Beudant, qui range la coutume au rang des sources formelles, adopte la conception des jurisconsultes romains. « C'est l'assentiment populaire qui introduit les règles obligatoires, dit-il ; il les consacre directement dans la coutume, indirectement dans la loi... La loi et la coutume sont donc même chose sous des aspects différents, et il est tout naturel que la coutume, quand elle est bien implantée et générale, soit obligatoire comme la loi (2). »

Il nous sera donné de revenir sur ces idées au cours de notre étude. Qu'il me suffise, pour l'instant, de noter une objection qui s'élève contre la doctrine courante en France. Si la coutume est une variété irrégulière de la loi, comment expliquer son admission en matière commerciale ? L'organisme constitutionnel comporterait-il au profit des commerçants une souplesse qu'il ne possède pas, paraît-il, en matière de droit commun ? C'est ce qu'il faudrait expliquer.

La deuxième manière de comprendre l'élément psychologique de la coutume, l'*opinio necessitatis*, a été exposée et

(1) Esmein, *La Coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?* dans *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 533.

(2) Beudant, *Cours de droit civil français*. Introduction, 1896, n° 54, p. 61-62.

mise en lumière au début du siècle dernier par l'Ecole historique. L'idée maîtresse dont s'étaient inspirés les jurisconsultes romains, dans leur tentative de justification rationnelle de la coutume, l'idée que le droit prenait exclusivement sa source dans la volonté populaire, apparaissait aux fondateurs de l'Ecole historique, Puchta et Savigny, comme la négation la plus complète des lois sociologiques. Ils avaient puisé dans l'histoire, la conviction — très juste et très fondée — que le droit n'est pas une invention artificielle de l'esprit humain, mais un produit spontané du développement social, au même titre que les mœurs et le langage. Le droit, pour eux, se découvre dans la Nature évoluant au cours du temps, c'est-à-dire dans l'histoire des hommes en société ; la mise au jour du droit est un travail du peuple tout entier. Entraîné dans le mouvement continu de la vie de la collectivité, le droit est soumis comme elle à toutes les conditions de génération et de transformation. L'Ecole historique, dans son ardeur à propager ses idées neuves, a même exagéré la portée de l'action des forces naturelles sur la formation du droit, laissant dans l'ombre le rôle, limité mais encore considérable, joué par l'intelligence et l'activité humaines dans l'élaboration des règles juridiques. Il fallait l'avènement de l'Ecole positiviste, et le génie d'un Ihering pour rendre à l'homme sa part véritable dans cette collaboration de la nature et de l'intelligence, pour montrer que le droit est une idée de force et pour écrire que « tout homme qui en vient à l'obligation de

maintenir son droit contribue dans sa petite mesure à la réalisation de l'idée du droit sur la terre (1) ».

Aussi les fondateurs de l'Ecole historique, au lieu de reprendre par la base la vieille théorie romaine de la coutume, se contentèrent-ils d'y ajouter un correctif qui la mit en harmonie avec leur système. La base de tout droit positif étant dans la commune conscience du peuple « envisagé comme une entité idéale et formant une unité continue », le droit coutumier n'est, dès lors, pas autre chose que la révélation immédiate et spontanée de cette conscience commune, se traduisant dans la conviction même des intéressés, tandis que la loi en est l'expression, médiate et réfléchie, émanant d'organes spéciaux à ce destinés. La perception par la conscience de la collectivité des règles juridiques qui, dans un milieu déterminé, s'imposent naturellement, remplace, dans cette théorie, le *tacitus populi consensus*, comme élément psychologique de la coutume. « La conscience ou l'instinct du peuple prirent la place jusque-là tenue par la volonté du peuple (2). » Il en résulte que la coutume est supérieure à la loi, puisqu'elle est l'émanation directe et spontanée de la conscience commune tandis que la loi, elle, n'en est qu'une reproduction médiate, étrangère, et partant, déformée par les textes.

Les coryphées de l'Ecole ont volontairement laissé dans

(1) Von Ihering, *Le combat pour le droit*, trad. fr. Meydiou, Paris, 1875, p. 2.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 128. Pour les références relatives à l'exposition de la théorie de l'Ecole historique, voir les notes dans Géný, *op. cit.*, p. 295-297.

l'ombre cette partie de leur doctrine ; ils ont laissé planer, à dessein, l'imprécision sur cette notion mystique et indécise de conscience collective. Et pourtant, même sous cette forme vague, l'établissement d'un droit coutumier par sa révélation immédiate dans la conscience de la collectivité, n'a pas paru à leurs disciples expliquer suffisamment les phénomènes de formation extra-législative du droit aux époques les plus claires de l'histoire. « Cette constatation, dit M. Lambert, amena Beseler et Thœl à formuler leur distinction célèbre des deux types successifs de régimes coutumiers : le *Volksrecht*, d'une part, la coutume dans son état de pureté et de sincérité primitives, le droit vraiment populaire, perçu d'instinct, sans efforts et sans études, par toutes les classes dont se compose le groupement social ; et, d'autre part, le *Juristenrecht*, dégradation de la coutume provoquée par la complication des rapports juridiques, forme plus récente et déjà artificielle du régime coutumier, où le droit qui, jusque-là, s'était reflété directement et spontanément dans la conscience de l'ensemble des membres de la collectivité, ne se révèle plus à la foule que par l'organe des juristes, par l'intermédiaire de la pratique des tribunaux et de la doctrine. Ces auteurs croyaient ainsi tenir un compte suffisant des démentis si clairs que les sources des époques les mieux connues de l'histoire donnent à la thèse de Puchta et de Savigny, en y voyant les symptômes d'une déformation de la coutume, les manifestations d'un mouvement tendant à développer le *Juristenrecht* à côté, puis à la place du *Volksrecht* (1). »

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 129-130.

L'Ecole historique a eu un incontestable mérite : celui d'avoir solidement édifié l'autorité de la coutume. Aussi de nombreux auteurs contemporains y sont-ils restés fidèles. C'est l'expression rajeunie de sa doctrine qu'on retrouve dans cette définition d'Aubry et Rau : « Le droit coutumier est celui qui, révélé par une intuition immédiate à la conscience collective du peuple, a passé dans les mœurs et s'est manifesté par la pratique » (1). C'est encore la même conception qu'on retrouve, me semble-t-il, dans cette autre définition : « La coutume est la manifestation extérieure du sentiment juridique qui est dans tout homme, dans toute agglomération organique d'êtres humains (2). »

On a fait à la théorie de l'Ecole historique de sérieuses objections qui visent son fondement même. On a fait justement observer que la conscience juridique de la collectivité était loin de se manifester toujours assez nettement pour constituer une base ferme au droit positif, « qu'à tout le moins semblable résultat n'était supposable que dans un état de civilisation à l'abri de tout contact délétère, et, pour ainsi dire, idyllique ; qu'en tous cas la fiction de cette conviction commune ne pouvait suffire à justifier l'ensemble du droit coutumier, souvent développé par simple esprit d'imitation, de même que la loi reste, pour une grande part, l'œuvre de la conception subjective de ses auteurs (3) ».

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, § 2, *in medio*, 1^{er}, 1897, p. 4. Adde : Lombard, *Discours sur le Code civil allemand*, séance d'inauguration de l'Université de Nancy, 1897, p. 23-24.

(2) Picard, *Le Droit pur*, p. 187.

(3) Génv, *op. cit.*, p. 299.

L'Ecole historique a manifestement péché par esprit d'excessive systématisation, en voulant faire reposer tout l'ordre juridique établi sur l'idée mystique de la conscience collective. Les faits ont démontré que l'explication qui consiste à faire germer le droit uniquement dans la conscience populaire était insuffisante. Et la théorie de l'Ecole historique a pris tout aussi nettement que celle des jurisconsultes romains la physionomie d'une fiction impuissante à rendre compte du pouvoir effectif de la coutume.

Aussi les partisans de la théorie romano-canonique ont-ils essayé, en face de l'insuccès de ces deux premiers systèmes, d'expliquer suivant une troisième manière l'élément psychologique qui, selon eux, constitue la coutume. Ils ont cherché à donner un autre fondement à la force obligatoire du droit coutumier, et à fixer d'une façon plus précise la nature de cette condition d'ordre intellectuel à laquelle est subordonné l'établissement de la coutume juridique. L'idée maîtresse dont ils procèdent est qu'il faut quitter le terrain de la psychologie collective, pour se placer sur celui plus ferme, semble-t-il, de la psychologie individuelle.

Pour eux, l'élément interne de la coutume réside, non plus dans le consentement implicite du peuple, non plus dans la conscience de la collectivité, mais dans l'*assentiment des intéressés*. L'élément subjectif du droit coutumier consiste dans le sentiment, chez ceux qui pratiquent un usage, qu'ils obéissent à une règle de droit qui s'impose à eux. De telle sorte que ceux-là mêmes contre lesquels l'usage s'établit le suivent cependant, car ils le considèrent comme néces-

saire. Cette conception nouvelle a été mise en lumière d'une façon très complète par M. Gény dont je me bornerai à reproduire les idées.

Après diverses allusions au dédoublement de la coutume en deux éléments, M. Gény arrive, dans le chapitre consacré à l'examen du fondement rationnel du droit coutumier à préciser sa manière d'envisager l'élément psychologique. « Enfin, dit-il, et sans faire intervenir ici l'idée d'analogie avec la loi, que condamnerait la différence d'origine des deux sources, ne peut-on pas dire, du moins, que, la coutume supposant, par définition, l'*assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit*, cette reconnaissance générale, *essentiellement volontaire*, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure entre les intérêts qui y sont engagés (1). » Et plus loin : « Ce qui importe essentiellement pour caractériser un usage, contribuant à la constitution d'une coutume, c'est qu'il se soit *formé et maintenu sans contradiction sérieuse de ceux qui auraient eu intérêt à le contester* (2). » « A côté de ce premier élément, matériel et sensible, en quelque sorte, la coutume juridique requiert, pour son existence positive, une condition *immatérielle et psychologique*, dont le diagnostic est infiniment plus délicat et plus fin, et que l'on traduit souvent par sa qualification traditionnelle : *opinio juris seu necessitatis*..... Cela signifie que l'usage,

(1) Gény, *op. cit.*, § 116, p. 301.

(2) Gény, *op. cit.*, § 119, p. 312.

pour engendrer la coutume, doit avoir, *chez ceux qui le pratiquent, le caractère d'exercice d'un droit subjectif, qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif*; autrement dit, que les actes, composant cet usage, n'ont effet, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective (1). » Critiquant la doctrine des fondateurs de l'Ecole historique, l'auteur s'exprime ainsi : « Suivant eux, cette conviction juridique devait apparaître comme la traduction nécessaire de la conscience du droit, supposée immanente en l'âme du peuple. Elle représentait donc un *état de conscience* général, à peu près insaisissable à la constatation ou à la preuve. » Et il ajoute : « L'élément psychologique de la coutume, tel que je l'entends, est une chose beaucoup plus simple. Il se rattache directement à l'usage, qu'il spécifie, et *consiste, chez ceux qui le pratiquent, dans le sentiment qu'ils agissent en vertu d'une règle non exprimée*, s'imposant à eux comme règle de droit objectif (2). »

M. Gény ne se dissimule pas d'ailleurs la délicate difficulté de cette partie de sa théorie. Nous lisons en effet (3) : « En revenant au rapprochement entre la coutume, génératrice du droit objectif, et la prescription acquisitive des droits subjectifs, nous pouvons observer qu'on retrouve ici deux éléments analogues aux éléments essentiels de la possession *ad usucapionem* : le *corpus* et l'*animus*. J'ajoute

(1) Gény *op. cit.*, § 119, p. 314-315.

(2) Gény, *eod. loc.*, p. 317.

(3) Gény, *op. cit.*, § 119, p. 310-311, note 3.

que le second élément (psychologique) de la coutume n'offre pas des difficultés moindres que celles suscitées par l'*animus*, dans la théorie de la possession. » Et plus loin. « L'élément psychologique de la coutume n'est pas moins difficile à caractériser que l'élément intentionnel, ou *animus*, dans la possession, Et, comme l'*animus* ne semble pouvoir être défini qu'en supposant acquise la notion même de possession, de même notre condition immatérielle de la coutume, génératrice de droit, implique en sa définition (*opinio juris*) la notion même de la règle juridique qu'elle doit créer (1). »

M. Boistel, sans creuser aussi profondément la notion de droit coutumier, arrive aux mêmes conclusions que M. GénY. Décivant la genèse de la coutume, il nous montre quelques familles s'établissant sur un sol un peu restreint. « Avant même qu'on ne puisse noter entre elles les premiers rudiments d'une société, c'est-à-dire d'une coopération volontaire et consciente vers un but commun, avant donc qu'on n'ait même l'idée de ce que pourrait être dans l'avenir un législateur ou un pouvoir législatif, les rapports mutuels de ces familles auront forcément créé sur beaucoup de points un *modus vivendi* accepté généralement pour éviter les conflits. Dès lors la coutume juridique sera née. » Et plus loin, M. Boistel exprime, avant M. GénY, la même idée que celui-ci. L'usage se constitue « du consentement même de ceux qui sont intéressés à l'empêcher de s'établir » (2).

(1) GénY, *op. cit.*, p. 317, note 2.

(2) Boistel, *Etude de droit maritime*, dans *Revue générale du droit*,

Telle est la troisième et dernière manière de concevoir cet élément intellectuel nécessaire, d'après la thèse romano-canonique, à la formation de la coutume juridique. Sa formule, empruntée pourtant à l'exposé le plus clair et le plus pénétrant qu'on en ait donné, conserve néanmoins un caractère de particulière imprécision. M. Lambert remarque, à juste titre, que l'opération de l'esprit des intéressés y est indifféremment qualifié, soit comme dans la théorie romaine, *acte de volonté* : intention d'imprimer un caractère juridique à l'usage, soit, comme dans la thèse de l'Ecole historique, *acte de foi* : croyance à l'existence du caractère juridique de l'usage. Entre lequel de ces deux termes faut-il choisir ? C'est ce qu'on a négligé de nous indiquer. Nous verrons d'ailleurs plus tard quelles difficultés insurmontables l'exercice de cette option est de nature à soulever.

On voit quel embarras les partisans de la théorie romano-canonique éprouvent à nous fournir de l'élément psychologique de la coutume une définition nette et précise. Pourtant, c'est le point le plus stable de leur thèse, celui qui a le moins donné lieu à discussion, malgré les divergences d'opinion, plus apparentes que réelles, qui se sont fait jour à son sujet. On rencontre une imprécision beaucoup plus

1879, p. 167, 168. Ces idées sont également exprimées dans une thèse récente où l'auteur trouve que la définition romano-canonique, quoique assez délicate, est « la définition traditionnelle et la seule théoriquement exacte ». — Marcel Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Paris, 1904. — Adde, Viollet, *Hist. des inst. pol. et adm. de la France*, II, p. 200, Paris, 1898.

grande, et des différences de vues beaucoup plus profondes lorsqu'on aborde l'examen de l'autre élément de la coutume, l'élément matériel, l'usage, *consuetudo*.

L'existence même de cette condition d'établissement de la coutume a été vivement contestée au début du siècle. Puchta, suivi par Savigny, Thœl, Dahn, Stobbe et un certain nombre de membres de l'Ecole historique, se refusait à voir dans l'usage l'une des causes génératrices de la coutume. Pour ces auteurs, la règle coutumière a déjà autorité avant de s'affirmer dans ses applications ; dès qu'une règle peut être considérée comme l'expression certaine et incontestée du sentiment juridique du peuple ou des intéressés (suivant le point de vue adopté), peu importe qu'elle se soit ou non révélée par l'usage. Elle constitue d'ores et déjà un droit coutumier obligatoire. Les actes d'exercice ne constituent, à leurs yeux, que la révélation ou la constatation d'un principe de droit préexistant. L'usage prouve l'existence de la coutume, il ne la crée pas. Dès lors, coutume et droit coutumier sont deux choses différentes. L'usage et autres actes extérieurs constituent la coutume (*die Gewohnheit*), mais ils n'engendrent pas le droit coutumier (*das Gewohnheitsrecht*) ; ils ne sont que les signes — non indispensables — auxquels on le reconnaît (1).

Les quelques auteurs français qui se soient occupés de la question ont traité avec mépris cette opinion (2). Elle mé-

(1) Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, p. 167-180, II, p. 5-13 ; Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guenoux, I, p. 177-178.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 297, et surtout Brissaud, *Manuel d'histoire du*

ritait pourtant un examen sérieux, car elle n'a qu'un tort, celui de ne pas s'être suffisamment débarrassée des éléments artificiels qui encombrent la théorie romaine. Aujourd'hui encore elle compte parmi ses défenseurs de savants historiens du droit allemand, et c'est de son apparition que date le début de la réaction contre la théorie romano-canonique de la coutume.

Malgré cela, la grande partie des auteurs qui ont traité de la coutume reste fidèle à l'idée dégagée par les compilateurs de Justinien, développée par les canonistes, les glossateurs et les postglossateurs, et reprise par les pandectistes. Pour eux l'usage, la répétition prolongée des mêmes actes et des mêmes pratiques, figure, au même titre que l'*opinio necessitatis* parmi les éléments essentiels constitutifs de la coutume juridique. « L'usage, qui forme le premier élément, et comme le *substratum* nécessaire de toute coutume juridique, suppose, de la part des intéressés, une série d'actes ou de faits, parfois même, mais plus rarement, d'omissions, de nature à constituer un rapport bien défini de la vie sociale, et susceptible en même temps d'une sanction juridique. Normalement, cet usage consiste en pratiques de la vie courante, ayant acquis, par leur *répétition non contredite*, une continuité et une constance qui en attestent la fermeté ; telles, les nombreuses servitudes légales de voisinage, accréditées autrefois par les habitudes suivies et acceptées entre propriétaires fonciers ;... telles encore, d'au-

droit français, p. 23, note 1. Il se débarrasse en quelques lignes ironiques, de ce qu'il appelle le paradoxe de Puchta.

tres pratiques, plus spéciales à la vie des affaires... comme la pratique du *bon pour*..., les pratiques notariales sur la preuve de la qualité d'héritier, etc... (1). »

Les premiers théoriciens de la doctrine romano-canonique s'étaient livrés à une détermination précise et minutieuse des conditions auxquelles devait satisfaire l'usage « *longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata consuetudo* », disaient les textes romains (2). Les usages devaient être généraux, constants, multipliés, anciens (3). Les représentants modernes de cette opinion ont renoncé à fixer les règles relatives à l'uniformité de l'usage, à sa durée, au nombre des actes dont il se compose. Ils reconnaissent que la solution de ces questions doit varier avec la diversité des espèces. L'usage, dit M. Gény, « doit présenter certaines qualités, *insusceptibles de précision mathématique* ». « Sur le nombre des actes constituant l'usage, ou sur sa durée nécessaire, aucune indication *à priori* ne peut être donnée, et l'on doit s'en remettre à l'appréciation de l'interprète, en lui recommandant seulement d'exiger un exercice long et continu... Quant à l'exigence de la publicité, qu'on a souvent formulée aussi à l'endroit de l'usage formant coutume, elle n'est véritablement justifiée que pour ceux qui en font reposer la force sur l'idée d'une convention tacite et commune... J'exigerai seulement que les actes d'usage se soient révélés d'une

(1) Gény, *op. cit.*, p. 314.

(2) Julien, Ulpien, Hermogénien, f. 35, § 1, fr. 33, fr. 35, D. *De Legibus*, I, 3.

(3) Boistel, *Cours de philosophie du droit*, II, p. 413.

façon suffisante pour qu'on y puisse découvrir l'assentiment des intéressés (1). » D'autre part, on est d'accord pour exiger que ce « long et constant usage » soit l'œuvre de ces mêmes *intéressés* dont l'opinion constitue l'élément psychologique de la coutume ; la forme normale de l'usage, c'est la pratique volontaire des *intéressés* (2). Mais là où l'entente cesse de régner entre les partisans de la théorie romano-canonique, c'est quand il s'agit de savoir si la pratique des intéressés ne peut pas être suppléée, si notamment la *pratique des tribunaux* n'est pas une forme que peut revêtir l'usage pour être admis au rang d'élément de la coutume. Nous abordons ici un des côtés les plus imprécis de la thèse des romanistes, et nous devons, pour être complet, rentrer dans quelques détails.

Sur cette question du rôle de la jurisprudence dans l'élaboration de la coutume, les défenseurs de la théorie romano-canonique se divisent et forment deux groupes très inégaux.

Pour les uns, — les plus nombreux — l'usage judiciaire, quoique relégué à l'arrière-plan, présente une parenté avec la coutume juridique et peut même jouer un rôle dans sa formation. Cette idée fut, pour ainsi dire, imposée aux constructeurs de la théorie par certains textes romains dont le plus probant est un fragment du Digeste (3) où Callistrate invoque un rescrit de Sévère renvoyant pour l'interprétation

(1) GénY, *op. cit.*, p. 312-313.

(2) GénY, *op. cit.*, p. 311, *init.*

(3) D. I. 3, *De legibus*, fr. 38.

des lois douteuses à la *consuetudo* ou à l'*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*. Ainsi Justinien qui, dans son orgueil de législateur, défendait aux juges d'interpréter la loi, semblait en même temps reconnaître entre la coutume et la pratique des tribunaux une relation nécessaire. C'est pourquoi les glossateurs (1), malgré leur hostilité à l'encontre des productions extra législatives du droit, furent forcés de reconnaître que la coutume pouvait trouver un appui également solide dans les décisions judiciaires et dans l'usage des intéressés. Quelques-uns d'entre eux sont même disposés à accorder à la première de ces pratiques plus de force qu'à la seconde.

L'Ecole historique, voyant l'élément psychologique dans la perception directe et spontanée de la coutume par la conscience collective, pouvait difficilement reconnaître aux tribunaux, un rôle dans l'élaboration du droit coutumier. C'aurait été renier son dogme fondamental. Puchta, il est vrai, essaya de résoudre cette contradiction en accordant l'aptitude à représenter le peuple, non plus aux magistrats — comme dans la doctrine des glossateurs — mais aux juristes (2). « Selon lui, c'est la vision populaire du droit, c'est le sentiment juridique général qui s'extériorise dans les décisions répétées des juges et en fonde l'autorité (3). »

(1) Voyez sur la *glossa ordinaria*, Brie, *op. cit.*, p. 109 et suiv., p. 145 et suiv. Au même esprit se rattache la théorie qui attribuait aux magistrats aptitude à représenter le peuple dans l'émission de son approbation de la coutume. — Comp. Gény, *op. cit.*, p. 319, notes 1 à 4.

(2) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, II, p. 19.

(3) Lambert, *op. cit.*, p. 146.

Cette idée n'eut qu'un médiocre succès. Et les pandectistes contemporains passent complètement sous silence le rôle de la jurisprudence, en édifiant leur théorie de la coutume. Ce n'est qu'après avoir épuisé leur sujet qu'ils consentent à reconnaître, et comme à regret, que l'usage judiciaire peut, en fait, aider la formation du droit coutumier. Ils ne savent d'ailleurs pas, au juste, s'il faut voir dans la jurisprudence une variété, une forme accessoire du droit coutumier ou, au contraire, une source, parente éloignée, il est vrai, mais très distincte de la coutume. Il semble bien toutefois qu'un courant de doctrine tende à considérer de préférence l'usage judiciaire comme une source de droit autonome et indépendante (1).

L'imprécision, la contradiction même, qui se dégagent des conclusions de la science allemande sur ce point, tiennent à ce que sa doctrine renferme une contradiction. Si la coutume suppose soit la perception directe et spontanée de la règle coutumière par la conscience collective, soit l'assentiment volontaire des intéressés, c'est se contredire que d'accorder à la pratique judiciaire, qui suppose la contrainte, une part dans la formation de la coutume (2). Admettre

(1) Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 179. — Cet état d'imprécision de la doctrine allemande est reconnu par M. Gény, *op. cit.*, p. 444, § 152. Les interprètes du nouveau Code civil allemand semblent bien par contre reconnaître qu'à l'avenir la jurisprudence constituera le seul mode important de fixation ou de révélation de la coutume sur tous les points relatifs à l'état de la question en Allemagne. — V. une étude très complète dans Gény, *op. cit.*, p. 440 à 456.

(2) V. Cézard-Bru, *La Coutume et le droit comparé*, dans *Revue générale du droit*, 1904, p. 346.

dans l'élaboration du droit coutumier, tout élément autre que la volonté ou le sentiment juridique du peuple ou des intéressés, c'est détruire par avance tous les essais de justification théorique de la coutume qu'on pourra tenter. Et personne ne niera que les différentes façons d'envisager le facteur psychologique de la coutume, n'aient d'autre raison d'être que de faire cadrer la notion de la coutume avec les conceptions politiques et philosophiques susceptibles de la justifier (1).

Aussi bien, un second groupe de partisans de la théorie classique, ayant senti cette contradiction, ont-ils voulu se séparer sur ce point du gros de la doctrine, en refusant de faire figurer à aucun titre la jurisprudence parmi les facteurs de la coutume. Pour eux, l'usage judiciaire peut seulement contribuer, d'une façon indirecte, à la formation du droit, en préparant ou en provoquant l'établissement de règles coutumières. Cette opinion a reçu une formule définitive chez M. Géný.

Pour lui, l'usage judiciaire, aussi constant et aussi ancien qu'on le suppose, ne peut jamais suppléer l'usage des intéressés comme élément matériel de la coutume. « On a pu soutenir, dit-il (2), sur la foi de textes équivoques, que la vraie coutume juridique ne pouvait résulter que des décisions judiciaires... Conclure que les jugements sont indispensables à la formation même du droit coutumier, n'irait à rien moins qu'à prétendre fixer en une forme unique et

(1) V. Lambert, *op. cit.*, p. 151, note 1.

(2) Géný, *op. cit.*, p. 319.

rigide l'usage créateur de la coutume. Il y a plus : ce serait en méconnaître l'essence, *l'usage impliquant, avant tout et en lui-même, des actes volontaires des intéressés*, tandis que les jugements, actes émanés de l'autorité publique, pourront sans doute préparer les pratiques coutumières, auront surtout le mérite de les colorer, mais ne sauraient, en aucun cas, *ni les constituer, ni les remplacer*. » Et il ajoute en note : « D'après cela, je n'admettrais pas... que les jugements *puissent normalement* constituer les actes d'usage nécessaires à la formation de la coutume. » Plus loin, l'auteur se fait plus affirmatif encore : « Je ne saurais reconnaître aux créations scientifiques, tant à celles émanées des auteurs, qu'à celles sanctionnées par les tribunaux, la puissance de constituer, en elle-même, un véritable droit coutumier. *Il y manque, en effet, le substratum essentiel de la coutume, savoir l'usage des intéressés*. Et, d'autre part, si forte soit la conviction des juristes, *on n'y peut voir ce sentiment juridique de la nécessité (opinio necessitatis) qui doit émaner de ceux-là mêmes entre lesquels la coutume fait loi* (1). » Ainsi, M. Gény, logique avec lui-même, et poussant jusqu'au bout les conséquences de la théorie romano-canonique qu'il a adoptée, déclare bien nettement que l'usage judiciaire ne peut jamais constituer une variété de la coutume. Et sa théorie a ainsi l'avantage d'échapper au reproche de contradiction que nous adressions aux partisans de la doctrine classique qui voulaient faire figurer l'usage judiciaire parmi les éléments de la coutume.

(1) Gény, *op. cit.*, p. 336-337.

Mais M. Gény va plus loin. D'après lui, la jurisprudence ne peut figurer à aucun titre à côté de la coutume, même à un rang secondaire, parmi les sources formelles du droit privé positif. Et quand je parle de *jurisprudence*, je m'exprime mal, car M. Gény établit entre la doctrine et la jurisprudence, au point de vue de leur autorité, une assimilation complète. « En l'état actuel de notre organisation constitutionnelle, dit-il, je ne puis attribuer aucune influence décisive à cette circonstance, que les autorités à apprécier dépendent ou non de l'ordre judiciaire (1). » Il englobe constamment sous le même vocable d'*autorités*, et les décisions des tribunaux et les créations de la doctrine. Les solutions consacrées par une jurisprudence constante, celles qu'on ne discute plus au Palais, ne s'imposent pas plus à l'interprète que les conceptions individuelles des auteurs. Il les considère les unes et les autres comme des opinions émanées de particuliers, ne traduisant jamais que l'effort de raisons individuelles, qui ne peuvent avoir qu'un pouvoir de fait, pouvoir qui ne saurait être obligatoire. Et il conclut : « Je persisterai donc, quant à moi, à refuser de voir en notre jurisprudence une source formelle de droit privé positif qui, à côté de la loi écrite et de la coutume, jouisse d'une force créatrice indépendante (2). »

M. Gény se trouve donc amené — et encore une fois, c'est logique — à expurger de tout élément jurisprudentiel la théorie romano-canonique de la coutume dont il s'est fait

(1) Gény, *op. cit.*, p. 400.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 434.

le promoteur en France. Par là, il lui donne une solidité et une vigueur nouvelles, mais en en faisant plus que jamais une conception abstraite, distante de la réalité. La coutume, telle qu'il la définit, ne conserve plus qu'une place minime dans l'état actuel de notre organisation politique. Il est obligé de le reconnaître lui-même. « En fait, dit-il, la coutume, de nos jours et en notre pays, se trouve être d'une application relativement exceptionnelle, difficile à rencontrer dans toute sa pureté (1). » Et après avoir énuméré les quelques rares applications qu'il conçoit [de la coutume entendue à sa manière : attribution à la femme mariée du nom patronymique de son mari, pratique du *bon pour*, érection, en modes de preuve de la qualité d'héritier ou d'époux commun en biens, des intitulés d'inventaires et des actes de notoriété, il est forcé de convenir que ces applications sont *assez mesquines* (2).

Aussi, pour trouver des créations coutumières vraiment importantes, M. Gény est-il amené par la force même des choses, à les chercher dans la jurisprudence, à convenir qu'elles tirent leur origine première de décisions judiciaires. De là l'idée — qui est le couronnement de la thèse de l'auteur — que, si l'usage judiciaire est impuissant à remplacer l'usage des intéressés comme facteur matériel de la coutume, s'il ne peut figurer à aucun titre parmi les sources formelles, il joue néanmoins dans l'élaboration du droit un rôle indirect en provoquant ou préparant l'établissement de

(1) Gény, *op. cit.*, p. 304.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 285.

coutumes juridiques. Cette idée semble être le fil conducteur de M. Gény dans son exposé de la coutume, et nous la voyons s'affirmer à mesure que se développe sa théorie.

Traitant pour la première fois du rôle de la coutume dans la vie juridique actuelle, l'auteur est amené à constater que ce rôle est fort restreint, car il manque à la plupart des usages de la vie des affaires le sentiment de nécessité, l'*opinio necessitatis*, apte à les constituer en coutumes obligatoires. « Toutefois, dit-il, cet élément ne pourrait-il pas suffisamment résulter de la circonstance, que l'usage en question se serait établi, pour correspondre à une jurisprudence fermement établie ou à une doctrine à peu près incontestée?... Si les usages appuyés sur une jurisprudence fortement assise ou sur une doctrine nettement affirmée, prennent, par là même, une couleur bien nette de coutume juridique, il va en résulter une source fort abondante de droit coutumier (1). » Nous constatons, ici encore, l'assimilation complète établie par l'auteur, entre la doctrine et la jurisprudence, au point de vue de leur autorité. Nous verrons, quelques pages plus loin, ce qu'il faut penser de cette confusion. Contentons-nous pour l'instant de remarquer qu'au cours de son exposition, M. Gény va séparer de plus en plus ces deux sources, pour arriver à ne plus considérer que le rôle de la jurisprudence dans la formation de la coutume. « Les pratiques qui constituent la coutume, ne naissent pas toujours spontanément chez les intéressés, dit-

(1) P. 285-286.

il plus loin. Il est *naturel et presque forcé* que l'élaboration coutumière soit préparée par les travaux des juristes... par l'action combinée et des auteurs... *et plus encore des décisions judiciaires*... Quand sur le fondement, soit d'une jurisprudence bien établie, soit d'une doctrine très généralement acceptée, se sont créées des pratiques juridiques, fortement assises... je dis que ces pratiques... pourront être tenues pour de *véritables coutumes* (1). » Lien *naturel et presque forcé* entre la jurisprudence et la coutume, suprématie de la jurisprudence sur la doctrine dans l'élaboration de la règle coutumière, telles sont les idées que nous voyons déjà se dégager. Elles s'affirment dans les pages suivantes : « A défaut des anciennes causes de la coutume aujourd'hui disparues, n'avons-nous pas... comme *source génératrice* et toujours agissante d'une semblable coutume, *une forte et solide jurisprudence*, dominant la pratique, déterminant l'opinion juridique des intéressés, capable de former, à côté de la loi et pour la compléter, un courant puissant de création juridique. J'ai déjà laissé entendre que *par là seulement, pouvait pratiquement se constituer encore, à l'heure actuelle, un droit coutumier vraiment important* (2). » Dans ces lignes, le rôle de la jurisprudence s'affirme ; elle est une *source génératrice* de la coutume capable de *création juridique*. D'autre part, l'auteur ne la considère plus comme solidaire avec la doctrine ; il en fait une cause spéciale de l'éclosion de la coutume, pour arriver à conclure ainsi dans le passage

(1) P. 335, 337.

(2) P. 391.

suivant : « *La jurisprudence est, chez nous, à l'époque moderne, la seule occasion vraiment féconde, en tous cas la plus fréquente d'une coutume juridique...* Ainsi, la jurisprudence proclamant l'inaliénabilité de la dot mobilière, celle qui admet la validité des donations déguisées... Ce n'est pas que la jurisprudence constitue ici une source de droit indépendante, pas plus qu'une coutume *sui generis*. Elle n'apparaît, dans ces hypothèses, que comme *propulseur* de la coutume, mais *propulseur tellement indispensable et aux effets à ce point inévitables... qu'il suffit d'une transposition d'idées et presque d'une simplification de formule, pour lui rapporter tout le mérite de la création, dont elle constitue, en fait, l'instrument capital* (1). »

Telle est la formule définitive. L'usage judiciaire ne peut jamais être l'usage des intéressés, il ne constitue à aucun titre une source formelle, mais il est une source indirecte tellement indispensable à l'éclosion de la règle coutumière, qu'il est presque la coutume elle-même. « Pourquoi donc, dit très justement M. Lambert, M. Géný se refuse-t-il à franchir cette dernière et rapide étape, à réaliser la simplification de formule à laquelle il fait allusion » ? (2). Il y a à cela des raisons de différents ordres que nous aurons l'occasion d'examiner en détail en les critiquant. Il y a surtout, nous le verrons, une raison logique, qui, distinguant M. Géný de ses devanciers, glossateurs et pandectistes, le pousse à adopter les conséquences extrêmes de la théorie qu'il a faite

(1) P. 436-437.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 161 *in fine*.

sienne. Partisan de la théorie romano-canonique, il l'applique dans toute sa pureté, en se débarrassant de tous les éléments étrangers, inconciliables avec une telle doctrine, et l'usage judiciaire en est un. Cette conséquence logique de la doctrine de M. Génv, incontestable mérite au point de vue abstrait, constituera d'ailleurs une de nos principales critiques contre la thèse des glossateurs et des canonistes.

Partant de la même définition, M. Boistel devait forcément aboutir aux mêmes conclusions. Pour lui aussi, il est nécessaire d'écarter l'usage judiciaire de la formation de la coutume. Et pour prouver que la coutume se forme en dehors de la jurisprudence, il donne l'exemple suivant (1). « Deux fonds de terre étant situés l'un au-dessous de l'autre sur une même pente, le propriétaire du fonds inférieur prétend que son droit de propriété étant absolu, implique le droit de repousser par tous les travaux qu'il lui plaira de faire, les eaux nuisibles de son terrain... On discute, on choisit des arbitres. Ces arbitres ne diront-ils pas légitimement au propriétaire turbulent : « L'usage a établi chez nous que le propriétaire inférieur doit recevoir les eaux qui tombent naturellement du fonds supérieur sur le sien... Nous constatons, d'ailleurs, que d'autres propriétaires se sont trouvés souvent dans la situation où vous êtes. Ils n'étaient certes pas plus disposés que vous à subir une iniquité, ils ne tenaient pas à faire de cadeaux à leurs voisins. Eh bien ! après avoir discuté le pour et le contre, ils ont fini

(1) Boistel, *Etudes sur le droit maritime*, dans *Revue générale du droit*, 1879, p. 168.

par reconnaître qu'ils devaient subir les inconvénients que vous repoussez ; autrement, ils auraient lutté et l'usage ne se serait pas établi. L'usage s'est donc constitué *du consentement même de ceux qui étaient intéressés à l'empêcher de s'établir*. Acceptez donc ce que tous les hommes de bon sens ont accepté avant vous dans votre situation. » Et plus loin, à propos des décisions des tribunaux il dit. « Ce sera sans doute l'opinion de personnages vénérables, impartiaux, éclairés ; mais ce ne sera pas l'aveu même des esprits les plus intéressés à contester la décision (1). » Enfin M. Boistel va plus loin encore quand il dit : « Les juges peuvent constater un usage établi en dehors d'eux dans la pratique extra-judiciaire et s'y conformer, *mais en créer un, jamais...* Leur rôle, s'ils en jouent un, sera purement passif (2). »

Ainsi la jurisprudence ne saurait être assimilée à la coutume, ce serait dénaturer le droit coutumier. « Un mot, trop facile à trouver, ne peut remplacer les réalités nécessaires (3). »

(1) Boistel, *loc. cit.*, p. 170.

(2) Boistel, *loc. cit.*, p. 181.

(3) Gény, *op. cit.*, p. 431. Les idées que nous venons de voir exposées chez MM. Gény et Boistel, sont visiblement celles dont s'inspire l'auteur d'une thèse récente, que nous avons déjà eu l'occasion de citer. M. Mornet, dans son étude sur *le rôle et les droits de la jurisprudence en matière civile* (thèse Paris, 1904), ne reconnaît pas à la jurisprudence le droit de figurer parmi les facteurs naturels de la coutume. Adeptes de la théorie romano-canonique, il est conduit aux conclusions qu'impose une telle doctrine. « Le juge, dit-il, ne fait que constater et sanctionner l'usage *qui s'est établi en dehors de lui* » (p. 29). Toutefois, avec M. Gény, il reconnaît « qu'à l'heure actuelle, presque toutes les coutumes modernes s'appuient sur la jurisprudence » (p. 33). — Adde, dans le sens de la théorie exposée au texte, Boistel, *Cours de philosophie du droit*, II, p. 413-414.

Telles sont, exposées dans leurs lignes principales les théories traditionnelles émises pour définir et justifier la coutume. On peut voir que toutes, à part quelques divergences de détail, se ramènent à la même idée : nécessité pour qu'il y ait coutume juridiquement obligatoire d'un élément matériel, l'*usage*, et d'un élément intellectuel, l'*opinio necessitatis*. Nous avons vu que la façon d'envisager ces deux facteurs a varié suivant les époques et les systèmes, pour aboutir avec M. Géný à une forme rajeunie : l'usage des intéressés et le sentiment chez ces intéressés de la nécessité de cet usage. Il nous reste à voir maintenant quelle est la valeur de cette conception nouvelle. Et pour ce faire nous n'avons pas de meilleur moyen que d'exposer les systèmes qui s'élèvent en face de celui-ci. Nous nous sommes étendus longuement — trop longuement, à notre gré — sur l'exposé de la théorie traditionnelle afin qu'aucun point essentiel n'en soit ignoré. Nous allons voir maintenant les doctrines qu'on veut mettre à la place ; c'est alors seulement, après avoir une idée d'ensemble des systèmes, que nous pourrons choisir parmi eux et essayer de nous faire de la coutume une notion aussi exacte que possible.

CHAPITRE IV

THÉORIES OPPOSÉES A LA MÉTHODE TRADITIONNELLE. — DÉFINITION DE LA COUTUME. — SES CONDITIONS D'EXISTENCE. — SES MANIFESTATIONS.

I

La critique de la théorie romano-canonique de la coutume a revêtu son expression la plus pénétrante dans le livre de notre savant maître M. Lambert : *La fonction du Droit civil comparé*, qui forme le premier volume de l'introduction à ses *Etudes de droit commun législatif*. L'auteur y passe en revue les différentes conceptions que l'on s'est faites du droit civil comparé ; l'une d'entre elles en fait l'un des éléments de la politique civile, cet « art dont l'objet est de préparer les transformations conscientes du droit interne » (1). C'est à ce propos qu'il traite de la coutume. Etudiant la fonction de cette politique civile, M. Lambert constate la tendance fâcheuse de la science contemporaine à croire que, grâce à l'extinction de la force productive de la coutume par l'effet de la codification, d'une part, grâce à l'absence de tout élément conscient dans l'élaboration coutumière du droit, d'autre part, seule la tâche du législateur

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 103.

comporte un élément politique, et que, par conséquent, les indications fournies par la politique civile ne peuvent être utilisées que par la loi écrite, à l'exclusion des autres sources productives du droit. L'origine de ces erreurs a sa source dans la théorie romano-canonique qui, en attribuant aux manifestations extra-législatives du droit un caractère d'inconscience absolue, en a tari la fécondité dans notre organisation sociale actuelle. Et je crois ne pouvoir mieux montrer la vérité de cette assertion qu'en exposant fidèlement, en face de la doctrine traditionnelle, les idées du système par lequel M. Lambert entend la remplacer.

La plus grande partie de l'œuvre de M. Lambert est consacrée à réfuter point par point la théorie romano-canonique de la coutume et particulièrement la thèse de M. Gény. Pour les partisans de la doctrine classique, la coutume est, nous l'avons vu, une production inconsciente et spontanée du droit ; son fondement réside ou bien dans le consentement tacite, soit de la collectivité, soit seulement des intéressés, ou bien dans la perception par la conscience de la collectivité des règles juridiques, qui, dans un milieu déterminé, s'imposent naturellement. L'élément psychologique de la coutume est donc un acte de foi ou un acte de volonté. « Il faut nécessairement, dit M. Lambert, choisir entre ces deux termes (1). »

Or, pour notre savant maître, l'option est impossible. Choisira-t-on l'acte de foi, c'est-à-dire la « croyance géné-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 135.

rale au caractère obligatoire de la règle coutumière se formant chez tous les individus (ou presque tous les individus) qui tombent sous l'application de cette règle » ? Un tel choix est bien peu admissible si l'on veut se souvenir que la principale infériorité de la coutume par rapport à la législation tient à la difficulté qu'on éprouve à la constater. Notre adage que « nul n'est censé ignorer la loi » nous apparaît avec juste raison comme une douce ironie ; que dirions-nous si notre loi, au lieu d'être écrite, était coutumière ? « Il est manifestement impossible de concilier ces deux affirmations antithétiques : affirmation, d'une part, que toute règle coutumière doit son établissement à la croyance de tous les intéressés à son caractère obligatoire ; affirmation, d'autre part, que souvent l'existence de cette même règle reste douteuse ou peu connue, non seulement du public, mais même — à la différence de la loi — des praticiens. » Et M. Lambert ajoute : « Je ne saurais hésiter, pour ma part, sur le choix à opérer entre ces deux affirmations nettement opposées. Car, tandis que la première ne constitue que la formule d'une explication rationaliste du droit à l'existence de la coutume, la seconde s'appuie sur toute une série d'observations (1). »

Adoptera-t-on le second terme : l'acte de volonté ? « Ce serait tomber de Charybde en Scylla », car alors on fait surgir une nouvelle objection. Pour admettre que la coutume puise son fondement dans l'assentiment volontaire de tous

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 137.

les intéressés, aussi bien de ceux qui ont à en souffrir que de ceux qui en profitent, il faudrait admettre que les hommes vivant sous l'empire du droit coutumier sont d'une nature idéale et bien différente de celle des hommes qui nous entourent. Il suffit d'un rapide regard sur la vie juridique contemporaine pour se convaincre que tous les rapports sociaux engendrent des luttes et des conflits, et que ces conflits d'intérêts, souvent aigus, loin de s'apaiser spontanément par des actes réciproques d'abnégation, par des concessions mutuelles, ne peuvent se résoudre que par l'intervention d'une autorité qui s'impose. « Les lois qui (1), dans le dernier quart de notre siècle, ont, en France, introduit le divorce, amélioré la situation successorale du conjoint survivant ou des enfants naturels, transformé les bases de la responsabilité des accidents industriels, n'ont été adoptées qu'après de longues et passionnées discussions, malgré l'opposition irréductible d'une notable minorité, et leur promulgation n'a pas mis fin aux protestations dirigées contre elles. Jamais les règles nouvelles édictées par ces lois n'auraient pu s'implanter si, pour conquérir autorité, il leur avait fallu l'adhésion de *tous ceux qui en souffrent*. » De nos jours, comme de tous temps, le droit est une lutte ; les intérêts se heurtent, s'entre-choquent, jusqu'à ce que de ce combat surgisse le principe qui triomphera et qui s'imposera sous le couvert d'une autorité. Cette autorité a varié : jadis elle fut la force brutale, aujourd'hui ce sont les juge-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 138.

ments des tribunaux ; elle n'en a pas moins été de tout temps nécessaire à la fixation dudroit.

Après avoir combattu le concept romano-canonique de la coutume dans le premier de ses éléments, l'élément psychologique, M. Lambert s'attache à montrer la fausseté de la conception du second élément, l'élément matériel. On sait qu'aux yeux des adeptes de la théorie romaine, l'élément externe de la coutume réside dans l'usage, dans la pratique d'une certaine durée et d'une certaine consistance. On a vu également quelles divergences de vues sont provoquées par la détermination du rôle et de la nature de cet usage. Ne peut-il être constitué que par la pratique des intéressés, ou au contraire, la pratique des tribunaux peut-elle contribuer à le créer ? Seul de tous les théoriciens classiques, M. Géný a nettement pris position dans ce problème : nous savons qu'il refuse à la jurisprudence le rang de facteur de la coutume, et qu'il la considère simplement comme capable de contribuer d'une façon indirecte à la formation du droit coutumier en préparant ou provoquant l'établissement de règles coutumières (1).

M. Géný donne, à l'appui de son système, tout un ensemble de raisons que nous allons examiner. Nous verrons, avec M. Lambert, qu'aucune de ces raisons ne peut résister à l'épreuve d'une critique un peu serrée.

Un premier ordre de raisons qui pousse M. Géný à refuser de voir dans la jurisprudence une variété de la coutume

(1) V. *suprà*, p. 115 et suiv.

sont des raisons *d'ordre constitutionnel*. C'est tout d'abord le principe de la *séparation des pouvoirs*. D'après les principes incontestables de notre organisation politique, l'autorité judiciaire ne peut pas empiéter sur la fonction législative. M. Géný croit que cette règle serait violée si, le juge, chargé seulement d'appliquer la loi, participait à l'élaboration du droit. « Les décisions de jurisprudence ne sauraient contenir des règles générales, qui aient, pour l'interprète, force obligatoire dans l'avenir (1). » M. Lambert admet très bien que cette objection soit tenue pour décisive par les adeptes de l'école des *interprètes du Code civil*, par ces auteurs qui ont érigé en dogme intangible le principe de l'omnipotence législative. Mais il s'étonne, avec raison, de la rencontrer sous la plume d'un auteur qui, comme M. Géný, a démontré superbement la fausseté de ce dogme, a montré l'impuissance du législateur à cristalliser le droit, à en tarir pour l'avenir les sources autres que la loi, qui, en un mot, a prouvé que c'était, de la part du législateur, une orgueilleuse folie, de croire qu'il était possible d'empêcher le fonctionnement des lois naturelles du développement social. « Or, ce fait que, quand les tribunaux ont statué longtemps d'une manière uniforme sur une même question, ils cessent de la remettre indéfiniment à l'étude et que leur jurispru-

(1) Géný, *op. cit.*, p. 423. Cet argument est également pris en considération par M. Esmein, dans *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1903, p. 535. « Etant donné, dit-il, le principe de la souveraineté, et surtout de la souveraineté nationale, le droit national et la loi se confondent. C'est la loi qui détermine notre droit dans son entier. »

dence se fixe, n'est-il pas un des phénomènes les plus inévitables, une des lois les plus constantes, et d'ailleurs les plus heureuses, de l'évolution du droit? Pourquoi donc admettre que, si nos lois constitutionnelles ont tenté d'empêcher désormais la production de ce phénomène, elles l'ont pu (1)? » Au surplus les lois constitutionnelles ne sont pas d'une nature différente de celle des lois ordinaires. M. Gény le reconnaît lui-même quand il déclare que la séparation des pouvoirs « si elle est parfaitement justifiée, en tant qu'expédient constitutionnel... ne peut être érigée en dogme absolu, que l'on doive, aveuglément et à tout prix, pousser jusqu'au bout de ses conséquences (2) ». Dès lors pourquoi accorder aux lois constitutionnelles un pouvoir qu'on refuse aux lois ordinaires? Il eût fallu, pour cela, prouver que notre constitution actuelle répugne absolument et foncièrement à accorder à la jurisprudence un pouvoir impératif, quel qu'il soit. Qu'on veuille bien se reporter à quelques passages célèbres, « bien souvent cités, dit M. Lambert, mais dont il est toujours utile de rappeler le souvenir », du *Discours préliminaire* présenté par Portalis au nom de la commission du gouvernement : « L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. *C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.* De là,

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 162.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 181.

chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a été constamment regardé *comme le vrai supplément de la législation...* Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, *un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi...* C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires..., les détails trop variables et trop contentieux... C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. *Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas* (1).

Telles étaient les idées des rédacteurs du Code de 1804. Aujourd'hui notre constitution défend toujours au juge d'empiéter sur le pouvoir législatif, c'est-à-dire de faire la loi ; elle ne lui défend pas de jouer un rôle dans l'évolution juridique. La production législative est loin de constituer l'unique organe de génération du droit ; à côté de la fonction législative, se place la fonction extra-législative. C'est bien cette fonction que remplissent les *intéressés* qui, par leurs actes de pratique et la manifestation de leur conviction juri-

(1) Fenet, t. I, p. 470, 476.

dique, créent la coutume telle que l'entend M. Génv. Pourquoi, dit M. Lambert, refuser aux tribunaux un pouvoir qu'on accorde aux *intéressés* ?

M. Génv tire encore un argument d'ordre constitutionnel des lois qui ont prohibé les *arrêts de règlements*. Qu'on ne s'y trompe pas : l'arrêt de règlement n'avait de la décision judiciaire que l'apparence, et « il est impossible de solidariser ces deux choses : la jurisprudence acquise — résultat de l'exercice régulier par les tribunaux de leur rôle normal d'administrateurs de la justice — et l'arrêt de règlement — forme de participation à l'action proprement dite. Appliquer à la première les dispositions édictées à l'encontre du second, c'est transformer radicalement la portée de ces dispositions (1) ».

Aux raisons d'ordre constitutionnel, M. Génv ajoute, pour refuser à la jurisprudence tout pouvoir créateur, des *raisons d'ordre pratique*. Il reproche aux phénomènes de développement du droit par la voie jurisprudentielle leur incertitude, leur absence de publicité, l'impossibilité de trouver un critérium qui permette de reconnaître à quel moment précis les précédents deviennent jurisprudence fixée (2). Mais, répond M. Lambert, les mêmes reproches peuvent s'adresser à la coutume telle que l'entend M. Génv. « Il n'est pas plus possible d'indiquer un critérium précis, permettant de discerner toujours l'instant où la répétition des faits de pratique engendrera la coutume, que de fixer unifor-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 167.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 430-434.

mément les signes auxquels on reconnaîtra que, de la multiplication des précédents judiciaire, s'est dégagée une jurisprudence ferme (1). » M. Génv fait encore une autre objection : « Je n'arrive pas à comprendre, dit-il, étant donné que le but poursuivi consiste à fournir une direction à l'interprète, c'est-à-dire au juge, que celui-ci soit renvoyé à ses propres créations ; qu'on ne lui donne d'autre guide, d'autre point d'appui que lui-même ; en supposant par un optimisme béat, que la jurisprudence antérieure contient en soi les germes du développement à venir, et qu'en s'attachant strictement aux précédents, le juge arrivera à satisfaire les besoins nouveaux. » Ce serait exact si l'on prêtait à la jurisprudence le même caractère que les interprètes du Code civil prêtaient à la loi, si l'on en faisait un organisme indépendant fermé à toutes les influences du dehors. Mais c'est là une conception fausse : « L'autorité que nous reconnaissons à la jurisprudence fixée, dit M. Lambert, n'aboutit aucunement à réduire le juge aux lumières de sa seule raison, à le priver de directions extérieures. Il ne faut point oublier, en effet, qu'avant de devenir elle-même une direction pour les magistrats, la jurisprudence s'est développée sous l'influence et par le concours de toutes ces directions extérieures (2). » Chaque question nouvelle est, de la part des juges, l'objet d'études approfondies ; mais quand ils s'aperçoivent que l'examen, maintes fois repris d'une même question, conduit toujours au même résultat, alors, pourquoi

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 143, note 2.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 168.

n'auraient-ils pas le droit de tenir ce résultat pour acquis, et pourquoi ne pourrait-on pas dire à ce moment que la jurisprudence est fixée ?

Enfin M. Génv s'appuie sur des raisons d'*ordre technique*, et ce sont bien celles qui paraissent être pour lui vraiment décisives. Partisan de la théorie romano-canonique dans toute sa pureté, il en adopte les conséquences les plus extrêmes ; et l'une de ces conséquences logiques est de différencier très nettement la coutume et l'usage judiciaire. Qu'on veuille bien se souvenir de la définition de la coutume donnée par M. Génv, définition déjà citée et qu'on me permettra de rappeler : *La coutume supposant, par définition, l'assentiment des intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, cette reconnaissance générale essentiellement volontaire, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle et la meilleure garantie de l'équilibre qu'elle assure entre tous les intérêts qui sont engagés* (1). On comprend qu'avec une pareille conception de la coutume, il faille de toute nécessité, si l'on veut être logique, écarter l'usage judiciaire. Les règles d'origine jurisprudentielle ne sont pas acceptées d'un commun accord par tous les intéressés entre lesquels s'élève le conflit. Elles doivent leur établissement, non pas à l'entente spontanée des intéressés, mais à une intervention de l'autorité publique.

M. Lambert fait observer que M. Génv n'a pas réussi à

(1) Génv, *op. cit.*, p. 301.

préserver la coutume de l'alliage tant redouté avec les éléments empruntés à la pratique judiciaire. On se souvient, en effet, qu'après avoir refusé de placer la jurisprudence parmi les facteurs de la coutume, il est pourtant amené par la force des choses, à reconnaître qu'elle contribue d'une façon indirecte à la formation du droit coutumier en préparant ou provoquant l'établissement de coutumes juridiques. Dès lors, qu'importe que le juge collabore directement à la constitution de la coutume ou qu'il se contente de la préparer indirectement. « Une coutume, dit M. Lambert (1), qui a sa *cause génératrice* dans un mouvement jurisprudentiel, qui s'est établie *pour correspondre à une jurisprudence fermement assise* cesse, par là même, d'être le produit exclusif de l'activité des intéressés .. Elle ne satisfait à aucune des conditions requises par la théorie romano-canonique, pour assurer légitimité à la coutume. » Et plus loin : « Quand les intéressés sont bien convaincus, grâce aux renseignements fournis par leurs hommes d'affaires, qu'il n'y a plus lieu d'espérer que les tribunaux renoncent à la ligne de conduite qu'ils ont adoptée, ils conforment leurs actes à cette jurisprudence, *de la même manière et pour les mêmes raisons qu'ils les conforment aux dispositions édictées par le législateur. Il n'y a pas là, de leur part, assentiment spontané, adhésion essentiellement volontaire, mais résignation forcée* (2). M. Génv lui-même n'a donc pu réus-

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 171.

(2) Lambert, *op. cit.*, p. 172. — Cf. Saleilles, dans *Nouvelle Revue historique de droit*, 1900, p. 269. « Le droit positif d'un pays est celui qu'appliquent ses tribunaux ; il ne saurait y en avoir d'autre. »

sir à préserver sa notion de la coutume de la contagion jurisprudentielle. Cette impuissance ne doit-elle pas nous mettre en garde contre la théorie dont il s'est fait le défenseur ?

La notion romano-canonique de la coutume résiste donc difficilement à la critique. M. Lambert va plus loin, et, dans la partie la plus longue et la plus documentée de son savant ouvrage, il prouve victorieusement qu'à aucun moment de l'histoire, et que dans aucun des pays où la coutume fonctionne encore, la coutume ne s'est présentée sous la forme que lui assignent les canonistes. Il démontre jusqu'à l'évidence que dans tout le cours des siècles, la coutume s'est toujours formée par l'intervention du juge, qu'elle n'est jamais apparue autrement que sous la forme jurisprudentielle (1). Et devant l'abondance des documents, devant l'érudition qui se dégage de ces pages, on ne peut que s'incliner et être convaincu par sa démonstration. Pour lui, — et nous le suivons complètement en ce point — la doctrine romano-canonique de la coutume ne résiste pas plus à la critique sociologique qu'au contrôle de l'histoire. C'est une théorie inféconde acclimatée chez nous par de nombreux siècles de routine, et dont il importe de se débarrasser si l'on veut conserver à la coutume, de nos jours, quelque pouvoir effectif. C'est en partant de ce principe que M. Lambert nous donnera une théorie nouvelle de la coutume.

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 174-799.

Pour lui, la coutume n'est nullement une production inconsciente et aveugle, elle n'est pas due à l'activité spontanée et irraisonnée des particuliers. Elle résulte des efforts quotidiens et répétés faits par les praticiens en vue de la satisfaction des intérêts de leurs clients, efforts souvent confus et disparates, souvent divers et contradictoires, mais qui, dès qu'ils ont reçu la consécration d'une décision judiciaire deviennent des règles de droit. C'est là la véritable coutume ; *il n'y a coutume que par la consécration judiciaire, et il y a coutume aussitôt qu'il y a consécration judiciaire*. L'usage prolongé est inutile ; l'usage est une preuve d'existence, mais la règle, la norme juridique existe dès qu'elle s'est affirmée dans une décision jurisprudentielle,

En exposant ainsi la théorie de M. Lambert, j'ai peur de trahir sa pensée, à mon insu. Qu'on me permette donc de citer — malgré son étendue — le remarquable passage où mon éminent maître me paraît avoir le mieux résumé ses idées. « Pendant les longues heures, nous dit-il, que j'ai dû consacrer à l'analyse et à la critique de l'étrange tissu de fictions que nous devons à la collaboration des rhéteurs grecs et latins..., des canonistes, des glossateurs..., j'ai senti à chaque instant remonter à ma mémoire le souvenir obsédant de l'une des impressionnantes pages du « *Puits de Sainte-Claire* ». — Anatole France nous raconte le songe qu'eut le saint homme Giovanni à la veille de subir le martyre pour la confession de l'immuable et blanche vérité. Il voit, en rêve, une roue immense et vivante, qui se composait d'une multitude d'hommes de tout âge et de tout état,

des lèvres desquels sortaient des devises dont aucune n'avait la même couleur et le même sens, mais qui toutes se terminaient par les mêmes mots : telle est la vérité. Elle contenait des vérités de toutes couleurs, il n'y en avait qu'une qui manquât, la vérité blanche. Et comme le saint homme se lamentait, cherchant en vain sur cette palette la vérité pour laquelle il allait mourir, la roue se mit à tourner. A mesure que la marche s'accélérait, les tons se mélangèrent, puis se confondirent. Quand le mouvement devint assez rapide pour que l'œil cessât de le percevoir et reçût l'impression de l'immobilité, la roue apparut toute blanche, et Giovanni apprit par là que la vérité blanche est faite de toutes les vérités contradictoires comme le blanc de toutes les couleurs. — Le droit coutumier ressemble fort à la roue décrite par Anatole France. A vrai dire, le juriste et le sociologue doivent renoncer à l'espoir de le contempler à l'état de repos. Il ne s'y trouve jamais. Mais sa marche, d'abord timide et hésitante, n'acquiert la vitesse *que sous l'impulsion décisive de la jurisprudence*. Pendant sa période de préparation, avant la consécration judiciaire, il se meut assez lentement pour que les éléments, infiniment variés, dont il se compose, restent perceptibles. Il nous offre alors le spectacle de la lutte impitoyable pour la vie et du choc brutal des intérêts. Des bouches des innombrables personnes de toute condition qu'il entraîne dans ses révolutions, nous voyons sortir les maximes les plus diverses et les plus contradictoires qui, toutes, finissent par la même proposition, écrite en lettres beaucoup plus grandes que le corps de la

maxime : tel est le droit. Si, dans ce noir et attristant tableau des passions et des convoitises humaines, on découvre quelques traits de lumière et d'harmonie : le libre jeu des conventions et des volontés individuelles créant la pratique des affaires, l'usage des honnêtes gens, les convenances sociales, d'autres encore, il est impossible, de quelque façon que l'on combine ces traits, d'en former une figure qui réponde au signalement de la coutume, tel que l'établissent les pandectistes. Mais, quand la jurisprudence, communiquant sa propre énergie au droit coutumier en voie d'éclosion, en a brusquement accéléré la marche, les fils aux couleurs multiples dont est ourdie la trame de la coutume cessent d'être visibles. Le corps des devises, dans lesquelles les acteurs de la lutte pour le droit formulaient leurs prétentions contraires, s'efface progressivement. Bientôt nous ne percevons plus que le membre de phrase final : tel est le droit, et il nous semble que tous les personnages qui, dans une brève vision, défilent devant nous, ont tous les mêmes paroles sur la bouche. Alors seulement, quand la répétition de plus en plus rapide d'une série de décisions judiciaires uniformes a si bien fixé la jurisprudence que les plaideurs les plus téméraires perdent l'espoir de l'ébranler, se dégage, autour de la coutume, nous en voilant les humiliantes réalités, une auréole d'unanimité faite de l'adhésion enthousiaste des vainqueurs, de la résignation forcée et du sentiment d'impuissance des vaincus (1). »

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 800-801.

M. Lambert n'entend pas dire, toutefois, que le droit coutumier soit l'œuvre exclusive de la jurisprudence. L'action créatrice des tribunaux est limitée et conditionnée par le jeu des lois sociologiques. Les juges sont des hommes, partagent les sentiments et les passions des hommes de leur temps. « Ils ne font que façonner une substance qui leur est fournie par les mœurs, fond commun d'où jaillissent toutes les sources du droit positif. *Mais, du moins, la jurisprudence est-elle l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes de droit...* La jurisprudence a, dans l'élaboration du droit coutumier, un rôle analogue à celui que jouent l'ouvrier et l'outillage industriel dans la transformation de la matière première en produits manufacturés (1). » Pas plus que la loi la coutume n'échappe à l'influence des mœurs et du milieu social ; elle naît des entrailles mêmes du peuple qu'elle est appelée à régir et dont elle résume la vie matérielle et morale. Mais ce jeu des forces obscures de la nature est impuissant à produire par lui-même de véritables coutumes juridiques ; il faut que les « experts en droit », les juges, aident à l'éclosion de la coutume ; « ils sélectionnent, cultivent, émondent et redressent les productions spontanées de la vie juridique ». La coutume pour exister a besoin de leur concours, comme la loi, pour passer du domaine des mœurs dans celui du droit positif, a besoin de l'assistance du législateur.

(1) Lambert, *op. cit.*, p 802.

Mais la jurisprudence, pour remplir son rôle, pour faire des productions spontanées du milieu juridique des règles de droit positif, a, elle aussi, besoin de secours. Sa tâche, pour être efficace, doit être préparée. Cette préparation, elle la trouve dans la pratique extra-judiciaire. « Les spécialistes qui assistent et conseillent les parties dans l'exercice de l'autonomie de leurs volontés, qui formulent en langue juridique les intentions des cocontractants, qui signalent à leurs clients les voies à employer pour atteindre légalement le but économique visé, font quotidiennement œuvre d'invention et de découverte juridique... Les règles interprétatives qui, de plus en plus, tendent à constituer la portion la plus importante et la plus touffue de nos maximes légales, ne sont, pour la plupart, que des habitudes de la pratique extra-judiciaire reconnues et sanctionnées par le législateur ou par la jurisprudence (1). » C'est surtout par les créations de la pratique extra-judiciaire qu'on appelle les *cautèles*, que la coutume se prépare, en attendant sa consécration par les tribunaux. M. Lambert définit les *cautèles* : « des clauses régulièrement insérées dans les actes juridiques et qui ont la puissance d'écarter l'application de règles de la loi demeurées théoriquement en vigueur, mais ayant perdu leur raison d'être, se trouvant en contradiction flagrante avec les besoins des temps présents ». Grâce à ces précautions, à ces ruses que les parties emploient pour éviter de tomber sous le coup de dispositions légales auxquelles

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 814.

les elles n'entendent pas se soumettre, la norme nouvelle apparaît à côté de la norme ancienne qu'elle vient compléter ou détruire. Assurément ce n'est pas encore la coutume, mais qu'une de ces cautèles, qu'une de ces pratiques extrajudiciaires vienne à être consacrée par une décision de justice, nous aurons alors la règle coutumière définitivement établie, avec toute sa force et son efficacité.

Tel est le mécanisme de la coutume, selon M. Lambert. On voit combien sa conception est plus vivante, plus féconde que celle des romano-canonistes. C'est des efforts réfléchis et conscients de toute une armée de praticiens que naît la coutume ; c'est grâce aux décisions judiciaires, grâce à une autorité qui fait triompher le droit et impose silence aux mécontents, qu'elle rentre dans le droit positif. Ce n'est plus l'usage auquel vient s'ajouter l'*opinio necessitatis*, — ces notions dont la détermination seule est presque impossible — qui constitue le droit coutumier, mais la volonté libre raisonnée de tous ceux qui, à un titre quelconque, luttent pour le droit. Et c'est avec raison que M. Lambert conclut : « Tous ceux qui vivent dans l'atmosphère du Palais, non seulement les juges et leurs auxiliaires, les avoués, les avocats, mais aussi les notaires, les hommes d'affaires, les chefs de contentieux, les rédacteurs d'actes, sont, qu'ils le veuillent ou non, des politiciens du droit. Les prétendues forces obscures de la nature qu'on nous signalait comme ayant joué dans l'élaboration de la coutume le même rôle que la raison humaine dans l'élaboration de la loi, ne sont que la résultante de toutes les initiatives, de toutes les éner-

gies mentales des innombrables professionnels qui guident en commun la marche de la vie juridique (1). »

II

Les doctrines exposées par M. Géný et par M. Lambert, constituent, à notre connaissance, les deux seules études approfondies qu'on ait publié en France sur le problème du droit coutumier. Il semble que jusqu'à ces dernières années, les auteurs allemands aient gardé jalousement le monopole de ces intéressantes questions. Les quelques auteurs qui ont traité incidemment, en France, de la coutume, paraissent tous avoir été des partisans convaincus de la théorie romano-canonique et partant avoir refusé au droit coutumier toute place dans notre état social actuel. Cependant, dans le dernier quart du siècle écoulé, la théorie de la coutume a été effleurée par quelques-uns de nos civilistes, et des plus éminents, qui s'en sont fait une conception différente de celle des canonistes. Ce sont leurs opinions que, pour être complet, nous devons maintenant exposer.

Dès 1877, M. Brocher de la Fléchère (2), s'élevait contre le dogme de l'omnipotence législative et de l'immobilité du droit cher à l'école des interprètes du Code civil. Protestant contre cette idée que tout le droit est dans la loi, il prétendait au contraire que c'est dans la coutume et ses variations

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 821.

(2) Brocher de la Fléchère, *Le Droit coutumier et la philosophie du droit*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 1877, t. IX, p. 578-583.

que se trouve l'expression la plus exacte du droit. Sa manière de comprendre la coutume est assurément la plus large et la plus simple qui soit. Il entend par droit coutumier, tout droit non écrit, toute formation de règles juridiques s'opérant en dehors de la loi écrite. Il place même la coutume bien au-dessus de la loi : « La loi, dit-il, n'est elle-même qu'un secours pour mieux comprendre la coutume. » Cette coutume prend sa source principalement dans la pratique extra-judiciaire ; la pratique judiciaire n'intervenant que pour révéler et sanctionner la coutume. « La pratique judiciaire est à la pratique extra-judiciaire ce que la maladie, qui réclame des secours artificiels, est à la santé, qui ne fait pas parler d'elle, mais n'en est pas moins bonne à connaître. »

Cette conception de la coutume est également celle de M. Beudant. « Pour compléter, dit-il, l'indication des sources du droit positif actuel, il reste, après avoir signalé celles qui forment ce qu'on appelle le droit écrit, à dire quelques mots du droit non écrit. *C'est la coutume*, dont il a été dit qu'elle est le droit se satisfaisant lui-même par une sorte d'instinct supérieur ; c'est cette partie du droit qui se forme peu à peu par la pratique, par l'assentiment tacite, sans l'intervention des pouvoirs publics, qui s'implante et s'impose par la tradition. La coutume introduit des règles qui finissent par n'être pas moins obligatoires que la loi proprement dite (1). » M. Beudant ne connaît donc que deux

(1) Beudant, *Cours de droit civil français*, Introduction, 1896, p. 61, n° 54.

sources du droit positif : la loi et la coutume, et pour lui, ces deux catégories équivalent au droit écrit et au droit non écrit. Une chose seulement peut surprendre chez M. Beudant, c'est que, rangeant la coutume parmi les sources formelles, il adopte la théorie des glossateurs qui fait de la coutume une loi tacitement consentie (1).

Un certain nombre d'auteurs récents, tout en adoptant ces idées sur la coutume, ajoutent à leur théorie quelque chose de plus en faisant de la jurisprudence un véritable droit coutumier. Telle est la conception de l'éminent auteur d'un traité de droit civil, M. Planiol. Il réduit à deux les sources du droit : l'usage et la loi. « Le droit qui dérive de l'usage s'appelle *droit coutumier* ; le droit qui dérive de la loi s'appelle *droit écrit* », et M. Planiol fait rentrer dans le droit coutumier « les *habitudes suivies par les particuliers* dans leurs contrats, dans leurs actes de toute nature, pour le règlement de leurs affaires », et aussi « les *décisions de justice* qui se succèdent en donnant toujours la même solution aux mêmes difficultés (2). » Il exprime très nettement la nécessité de prendre la jurisprudence comme source formelle de droit positif, en y voyant un droit coutumier de nouvelle formation. « Les Cours et les tribunaux, dit-il, reconstituent perpétuellement en dehors des Codes et des lois, un *droit coutumier de nouvelle formation*... Partant de là, ne pourrait-on pas soutenir que le droit coutumier n'est

(1) Beudant, *op. cit.*, p. 62. — Cf. *suprà*, p. 99.

(2) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 3^e éd. 1904, n° 11, p. 5.

qu'une jurisprudence, tandis que le droit écrit est seul une législation (1) ? » Quoi qu'il en soit, pour M. Planiol — et en ceci il se rapproche des pandectistes, après s'en être très heureusement écarté — le droit coutumier résulte toujours « d'un consentement général et prolongé ».

On retrouve des idées analogues dans un ouvrage plus ancien, la préface des *Etudes sur le régime dotal*, de M. Bartin (2). Après avoir donné au sujet de la codification certains développements, il conclut ainsi : « Il est donc faux que la codification arrête l'évolution du droit... L'évolution du droit est un phénomène universel dont les conditions et le caractère varient seulement, suivant qu'elle se produit sous un régime de codification ou en dehors de la codification. Dans l'un et l'autre cas, on peut dire, et on a dit avec raison, que le juge ne borne pas son rôle à celui d'un pur interprète ; il *participe* réellement à la confection de la loi civile. Dans ces conditions, il y a une histoire possible de la jurisprudence et des institutions qu'elle fait mouvoir. » M. Bartin voit donc, lui aussi, dans la jurisprudence un *droit coutumier contemporain* capable d'engendrer ou de remanier, dans le silence de la loi écrite, de véritables institutions juridiques. Cette expression, créée par M. Lambert (3), semble avoir fait fortune. Nous la retrouvons dans le compte rendu d'un livre récent, publié

(1) Planiol, *op. cit.*, n° 14, p. 6. — *Adde*, n°s 122-126, p. 45-46 et préface, p. X.

(2) Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, Lille, 1892, préface, p. IV-V.

(3) Ed. Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, 1893. Introduction, p. VII-X.

par le journal *La Loi* (1) : « Nous avons particulièrement remarqué, dit l'auteur de ce compte rendu, l'importance qu'ils (les auteurs du livre) attachent à la jurisprudence, cette clinique du droit, dont l'étude s'impose davantage à mesure que nous nous éloignons de l'époque de la rédaction du Code civil, et qu'en présence des questions nouvelles, soumises aujourd'hui aux tribunaux et ignorées du législateur de 1804, nous sommes amenés à rechercher, non comment il les a résolues, mais comment il aurait pu les résoudre, s'il les avait examinées. C'est ainsi que nous sommes conduits, par la force des choses et le mouvement de la vie, vers un *droit coutumier nouveau*, qui n'emprunte plus guère au Code civil qu'une direction générale suffisante pour assurer son unité. »

Et dans un rapport (2) rédigé en 1897, par M. Souchon, professeur à la Faculté de droit de Lyon, sur le doctorat ès sciences économiques, nous relevons cette formule non moins saisissante : « Il y a même là une union (de l'histoire avec le droit), qui est pour se faire plus indissoluble encore, à mesure que la science juridique continuera à évoluer vers la méthode historique. Or, n'est-ce pas un mouvement destiné à se précipiter en un temps et un pays, où l'autorité de Codes anciens s'atténue chaque jour devant la rapidité des *modifications coutumières*, où, par conséquent, la

(1) Compte rendu, signé L. B., du *Traité des obligations*, de MM. Hudelot et Metman ; *La Loi* du jeudi 20 mai 1897, p. 435.

(2) *La Loi*, du 24 juin 1897, p. 566, col. 1 et *Revue internationale de l'enseignement*, 1898, 1^o, t. XXXV, p. 415-416.

tâche exégétique des juristes va constamment se réduire pour faire place à l'histoire systématique d'une *jurisprudence dont les variations sont le droit*. »

Plus récemment, dans une discussion, provoquée à la Société d'Economie sociale, par un rapport de M. Saleilles sur le *Risque professionnel dans le Code civil*, l'idée se faisait jour, d'un progrès juridique qui se réaliserait par la jurisprudence constituant à côté de la loi une source coutumière (1).

Enfin M. Picard dans son livre sur le *Droit pur* est également très affirmatif, quand il dit : « Toute jurisprudence est donc, en réalité, fût-ce dans une proportion infinitésimale, *productive* du droit, et non pas seulement *interprétative*... Les juges et les auteurs font, qu'ils l'ignorent ou le discernent, « la guerre tranquille des juristes contre les lois qui ne sont plus en équation avec l'époque »... La jurisprudence se greffant ainsi sur la loi dans la vaste et ininterrompue pratique des tribunaux, apparaît comme une sorte de *nouveau droit coutumier, à allure modernisée* (2). »

Je pourrais multiplier encore mes citations ; qu'il nous suffise de constater qu'en face de la théorie traditionnelle de la coutume, une tendance nouvelle paraît vouloir élargir et vivifier la notion du droit coutumier, qu'un mouvement paraît se dessiner, en vue d'attribuer à la jurisprudence la

(1) Discussion du 14 février 1898, dans la *Réforme sociale* du 16 avril 1898, t. XXXV, p. 634-667. — V. notam. Rapport de M. Saleilles, p. 637-638, p. 643.

(2) Ed. Picard, *Le Droit pur ; Les permanences juridiques abstraites*, Bruxelles, 1899, p. 198-199.

valeur d'une source formelle, « constituant à elle seule, comme un droit coutumier rajeuni et adapté aux exigences modernes ».

Il nous reste maintenant, après avoir exposé les doctrines différentes qu'on a proposées pour justifier la coutume, à nous faire une opinion parmi toutes celles qui ont été mises en avant. Après avoir déblayé, il nous faut maintenant construire.

III

La définition que nous donnerons du droit coutumier et le fondement que nous assignerons à son autorité est, en effet, le point capital de notre sujet. Il est facile de concevoir que de là dépend tout entier le rôle que peut encore jouer la coutume dans l'état actuel de notre législation. Si nous donnons de cette source juridique une notion aussi étroite que celle adoptée par la théorie romano-canonique, il est bien évident que nous nous verrons forcé de restreindre singulièrement son rôle dans l'élaboration de notre droit privé actuel ; si, au contraire, avec M. Lambert, nous élargissons et vivifions le concept du droit coutumier, on voit de suite quelle autorité, quelle fécondité nous pouvons encore accorder de nos jours à la coutume.

On sait déjà que les nombreux auteurs modernes qui jugent terminé le rôle du droit coutumier, justifient très simplement leur opinion en donnant à la coutume le même fondement qu'à la loi : la volonté populaire, volonté directement exprimée dans la loi, tacitement révélée dans la coutume, mais avec

non moins de force. Une telle conception réduit forcément à néant le rôle de la coutume, car sous l'empire d'une constitution comme la nôtre qui remet le pouvoir législatif à des représentants élus, légiférant selon une procédure minutieusement réglée, la coutume, fût-elle revêtue de l'adhésion universelle, ne saurait être obligatoire, puisqu'elle serait née en dehors des règles constitutionnelles. Je n'hésite pas, pour ma part, à repousser une pareille conception qui aboutit à exclure la coutume du rang des sources formelles de notre droit, alors qu'il suffit d'ouvrir les yeux pour voir que nombre de règles juridiques ont une origine extra-législative. Telle est, par exemple, la coutume tout à fait générale en France, qui attribue à la femme mariée le nom patronymique de son mari, coutume qu'a consacrée, en la supposant, la loi du 6 février 1893. Telles sont encore de nombreuses coutumes, acclimatées par la pratique notariale, comme celle, notamment, qui a érigé en modes de preuves de la qualité d'héritier ou d'époux commun en biens, les intitulés d'inventaire et les actes de notoriété. Tel encore l'usage du *bon pour* étendu bien au delà des termes de l'article 1326 du Code civil et appliqué couramment aux procurations, octrois d'autorisation maritale, quittances (*bon pour pouvoir, bon pour autorisation, bon pour acquit*). Et ce ne sont là que des exemples pris au hasard entre mille pratiques du même genre, absolument incontestées, et qui, cependant, n'ont pas la moindre origine législative.

D'ailleurs, contre l'opinion que je combats, s'élève une

objection, que j'ai déjà notée précédemment (1). Les auteurs qui refusent autorité à la coutume sous prétexte qu'elle est née en dehors des règles et de la procédure constitutionnelles, admettent une exception singulièrement difficile à concilier avec le principe sur lequel repose leur théorie. Ils admettent, en effet, la coutume en matière commerciale. Chacun sait qu'on rencontre en matière commerciale des usages nombreux, imposant parfois des obligations juridiques exorbitantes du droit commun, « par exemple les coutumes de bourse, en tant qu'elles fixent certaines conditions à la conclusion même des opérations, ou la coutume, consacrée à Paris et dans un grand nombre de places, qui oblige l'acheteur d'un fonds de commerce à publier son acquisition, et à s'abstenir de payer son prix pendant un délai (ordinairement de dix jours) réservé pour oppositions aux créanciers du vendeur (2). » Comment justifier cette admission des coutumes du commerce si la coutume n'est qu'une loi irrégulière ? Pourquoi violer, au profit d'une catégorie de citoyens, les commerçants, l'organisme constitutionnel dont la rigidité est si grande, paraît-il, en matière de droit commun ? Je ne sache pas qu'un texte quelconque de nos lois constitutionnelles autorise au profit des commerçants une dérogation à la règle que toute loi en France doit être l'œuvre des représentants élus de la nation. Il est vrai qu'on a prétendu que dans l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807, le législateur aurait abandonné

(1) V. *suprà*, p. 99.

(2) Génv, *op. cit.*, p. 284.

ses prérogatives en matière commerciale ; il est permis de conserver des doutes sur cet abandon devant la façon énigmatique dont ce texte est rédigé. Quant à l'avis du Conseil d'Etat des 13-22 décembre 1811, portant que, dans le silence du Code de commerce, les tribunaux doivent juger « d'après le droit commun et les usages du commerce », on sait que, n'ayant pas été inséré au *Bulletin des Lois*, il n'a pas force législative. Une conception du droit coutumier qui admet une telle contradiction doit donc, à juste titre, nous paraître suspecte.

Nous avons vu d'ailleurs avec quelle vigueur M. Géný s'est élevé contre cette doctrine. Malheureusement je crois avoir suffisamment prouvé que sa théorie romano-canonique de la coutume, rajeunie et modifiée, ne pouvait guère résister à la pénétrante critique qu'en a faite M. Lambert. M. Géný en voulant faire rentrer la notion de la coutume dans le cadre étroit que lui assignaient les romanistes, arrive à en paralyser les effets et à en annihiler la portée. D'autre part il est certain — M. Lambert l'a démontré avec une lumineuse clarté — qu'en refusant à la jurisprudence toute participation à la création du droit coutumier, il méconnaît un des enseignements les plus évidents de l'histoire. Et certes, je n'hésiterai pas pour ma part à me rallier à la doctrine si séduisante de mon savant professeur si je n'étais arrêté par quelques scrupules.

Pour M. Lambert, nous l'avons vu, la coutume c'est la jurisprudence, et seulement la jurisprudence. Il n'y a de coutume que lorsqu'il y a décision judiciaire, et une seule

décision suffit pour créer la coutume. La pratique extra-judiciaire, par l'usage des cautèles, prépare la coutume, mais tant que cette pratique n'a pas été consacrée par un tribunal, il n'y a pas encore coutume véritable ; il n'y a encore qu'une coutume en puissance.

Je suis porté à croire, avec M. César-Bru, qu'il y a dans cette théorie quelque exagération (1), et je me permets de lui emprunter quelques exemples de règles coutumières, d'autorité incontestée, et qui pourtant n'ont jamais fait l'objet d'une décision judiciaire. On sait que l'article 1213 du Code civil décide que « l'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion ». Or ce texte est généralement tombé en désuétude, grâce à la pratique notariale qui a pris l'habitude d'insérer dans les actes où il est question de solidarité une clause de style stipulant en même temps l'indivisibilité. Il ne viendrait jamais à l'idée d'un professeur de droit civil d'expliquer cet article du Code sans mentionner la pratique extra-judiciaire qui l'a peu à peu supplanté. Ce serait méconnaître un des aspects de la solidarité. On ne peut nier que ce soit là une pure règle coutumière. Et pourtant, à ma connaissance, cette pratique n'a jamais été consacrée par une décision jurisprudentielle. J'ajouterai même, avec M. César-Bru, que je la crois insusceptible d'une consécration judiciaire, une telle consécration allant directement à

(1) V. l'article cité de M. César-Bru, dans *Revue générale du droit*, 1904, p. 330 et s.

l'encontre du texte de l'article 1213, à moins, évidemment, de considérer comme une consécration les décisions qui appliqueront en même temps les règles de la solidarité et de l'indivisibilité et déclareront qu'elles ne sont pas incompatibles.

On peut citer encore l'article 601 du Code civil qui oblige l'usufruitier à donner caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif d'usufruit. Cet article serait actuellement mieux rédigé s'il portait que l'usufruitier n'est pas tenu de fournir caution, à moins que cette obligation ne lui soit imposée par l'acte constitutif ou par la loi. Une pratique bien établie insère, en effet, dans tous les actes constitutifs d'usufruit, la clause de style qui dispense l'usufruitier de fournir caution. Ici encore nous nous trouvons en face d'une coutume qui s'est formée et a acquis autorité sans aucune intervention jurisprudentielle.

On peut même, allant plus loin, signaler une pratique extra-judiciaire qui constituait incontestablement une coutume puisqu'elle est passée dans la loi du 19 février 1889 et qui, loin d'avoir été consacrée par une décision judiciaire, était dirigée contre la jurisprudence. Les tribunaux n'avaient pas cru devoir admettre le droit des créanciers hypothécaires sur l'indemnité payée en cas de sinistre par l'assureur de l'immeuble hypothéqué. On ne s'expliquait guère cette rigueur de la jurisprudence, car aucun texte de loi ne semblait l'étayer formellement. Aussi une cautèle s'introduisit pour réformer la jurisprudence et compléter la loi. Tous les actes constitutifs d'hypothèque continrent

alors stipulation d'une délégation en faveur du créancier hypothécaire. Et aujourd'hui l'article 2 de la loi du 19 février 1889 porte que « les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux et autres risques, sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang ». Exemple de pratique extra-judiciaire créant, en dehors et qui plus est contre la jurisprudence, une coutume tellement bien établie que le législateur est venu définitivement la consacrer. Je crois donc que M. Lambert, en disant qu'il n'y a de coutume que lorsqu'il y a consécration judiciaire va quelque peu trop loin et « *qu'une pratique extra-judiciaire constante, générale, bien constatée, peut et doit tenir lieu de règle coutumière aussi bien et au même titre qu'une décision de jurisprudence* » (1).

D'autre part je crois également que c'est aller bien vite en besogne que d'accorder autorité de coutume à la première consécration judiciaire d'une pratique extra-judiciaire. Ne serait-il pas tout au moins prudent d'attendre qu'on ait sur la matière une jurisprudence ferme et bien établie ? Et n'est-ce pas d'ailleurs ce qui se passe en réalité. Personne n'ignore qu'au Palais un arrêt isolé sur une question est de peu de poids, tandis qu'au contraire un avocat est bien près de croire son procès gagné s'il a pu réunir dans le sens de sa thèse un nombre considérable d'arrêts

(1) César-Bru, *loc. cit.*, p. 348.

donnant une même solution, ce qu'on appelle une jurisprudence fixée. Au surplus, n'est-ce pas raisonnable ? Et se contenter d'une seule décision judiciaire pour dire qu'il y a coutume, n'est-ce pas s'exposer à voir cette coutume bientôt détruite par un arrêt contraire, n'est-ce pas enlever aux relations juridiques toute sécurité, toute stabilité, revenir en un mot à la superstition du cas anglais et à toutes ses fâcheuses conséquences ? M. Lambert lui-même paraît avoir redouté ce danger. Ne nous dit-il pas dans un beau passage, déjà cité : « Alors seulement, quand la *répétition de plus en plus rapide d'une série de décisions judiciaires uniformes a si bien fixé la jurisprudence que les plaideurs les plus téméraires perdent l'espoir de l'ébranler*, se dégage autour de la coutume, nous en voilant les humiliantes réalités, une auréole d'unanimité faite de l'adhésion enthousiaste des vainqueurs, de la résignation forcée et du sentiment d'impuissance des vaincus. » C'est l'aveu, précieux à retenir, qu'une seule décision ne suffit pas pour créer la coutume, et M. Gény — il y a dans toute théorie une part de vérité — n'a pas tout à fait tort quand il exige l'assentiment des intéressés. Il ne se trompe qu'en exigeant l'assentiment volontaire et spontané au lieu de la résignation des vaincus.

Sans doute M. Lambert nous dira — la partie historique de son livre en est une éclatante démonstration — que dans les civilisations primitives, à travers tout le cours de l'histoire, et jusque dans les civilisations modernes qui vivent sous l'empire du droit coutumier, la coutume est toujours

née uniquement de décisions judiciaires. A cela on a répondu — et je crois la réponse très juste — que la belle démonstration historique de M. Lambert prouve seulement que jamais, jusqu'à présent, la coutume ne s'est formée sans l'intervention du juge ; elle ne prouve pas que désormais il ne puisse en être autrement. Assurément, dans la simplicité des civilisations antiques, le moyen le plus rapide de solutionner une question est de s'adresser au juge et de lui demander son intervention. La justice est d'accès facile, prompt et peu coûteuse. Mais à mesure que la civilisation poursuit sa marche, l'appareil judiciaire se complique ; la justice de nos jours, quoique théoriquement gratuite, n'est ni gratuite, ni rapide. La complexité même de cet appareil éloigne de lui le justiciable qui, tout naturellement, s'adresse à la pratique extra-judiciaire pour éviter et même solutionner bien des conflits. Et lorsque cette pratique est inébranlablement assise, à quoi bon exiger encore une consécration judiciaire pour la transformer en coutume, et pourquoi ne pas lui reconnaître en droit, l'autorité dont elle jouit incontestablement en fait ?

Nous sommes donc amenés à nous faire de la coutume une conception plus large que l'école romano-canonique, plus large que M. Géný, plus large même que M. Lambert. A l'encontre des canonistes et des glossateurs nous n'admettons pas que la coutume ne soit qu'une loi tacitement consentie ; plus libéraux que M. Géný, nous voyons dans la jurisprudence une source formelle douée d'un large pouvoir créateur de coutume ; allant plus loin que M. Lambert

nous voyons la coutume en dehors de la jurisprudence. Et nous ne craignons pas de dire que nous voyons la coutume dans tout ce qui n'est pas la loi écrite : jurisprudence, pratique extra-judiciaire et les formulaires dont elle se sert pour la satisfaction des intérêts des particuliers, usages établis et constants, en un mot dans ce qu'on est convenu d'appeler le *droit non écrit*.

On nous reprochera sans doute d'entourer d'incertitude le fait et le moment de la naissance de la coutume. C'est évidemment pour faire cesser cette incertitude que M. Lambert exige une consécration judiciaire et se contente d'une seule. J'ai déjà dit qu'une pareille affirmation me semblait démentie par les faits ; j'ajouterai qu'elle est inutile pour le but à atteindre. Le but que nous nous proposons en introduisant la coutume parmi les sources formelles, c'est de faire du droit avec d'autres instruments qu'avec le Code, c'est de pouvoir affirmer que la codification n'a pas à tout jamais cristallisé le droit en l'enfermant dans un certain nombre de formules étroites et immuables, que la loi a été complétée, amendée, corrigée, parfois même abrogée par de nouvelles règles coutumières, c'est en un mot de faire du droit vivant et vrai. Pour atteindre ce but, il faut aller chercher la règle de droit partout où elle existe, c'est-à-dire tout simplement dans la vie, dans le milieu où elle fonctionne, où elle naît sous l'irrésistible poussée des besoins nouveaux et des transformations sociales. Dans cette recherche la jurisprudence sera notre guide ordinaire et le plus sûr, mais encore faut-il qu'il y ait une jurisprudence.

« Et si la coutume se présente sous un aspect tel que le juge n'aura pas à intervenir, pourquoi hésiterons-nous à reconnaître que quelque chose de nouveau s'est produit, si nous avons des critères assez sûrs pour reconnaître le droit nouveau, et la cautèle est un de ces critères (1). »

Assurément une période d'incertitude est fatale en ces matières. Je ne crois pas qu'il y ait pour la coutume, comme pour la loi écrite, un moment précis où l'on puisse dire qu'elle existe certainement. C'est là l'imperfection dont il faut payer les innombrables bienfaits de la coutume. C'est peut-être parce qu'il a le sentiment de cette imperfection que M. Lambert désire l'intervention éclairée et la plus fréquente possible du législateur. Mais l'intervention du législateur — à moins d'être imprudente — ne peut avoir vraiment d'efficacité que si les créations de la pratique ont pris une certaine fixité. La fixité peut exister sans consécration judiciaire, et une seule consécration ne démontre pas cette fixité. Evidemment c'est le cas de répéter ici que le droit d'un pays est celui qu'appliquent ses tribunaux, qu'il ne saurait y en avoir d'autre : le droit naturel a conservé peu d'adeptes et je ne crois pas qu'il y ait une règle de droit si elle est insusceptible d'une consécration judiciaire. Mais une règle de droit peut exister alors qu'elle n'a pas été consacrée, ou qu'elle correspond tellement à un besoin réel, qu'elle est tellement en harmonie avec ce que M. Gény appelle « la nature des choses positive » qu'elle n'a pas besoin d'une consécration judiciaire pour imposer son autorité.

(1) César-Bru, *loc. cit.*, p. 350.

Concluons donc que la coutume est une source de droit qui naît sans l'approbation tacite du législateur, qui n'est pas le moins du monde inconsciente et aveugle, mais qui résulte au contraire des efforts combinés de tous les artisans du droit orientés vers le même but : la satisfaction des intérêts individuels par une plus grande justice. Saluons la partout où nous la rencontrons : dans la pratique extra-judiciaire constante, dans la jurisprudence fermement établie, même dans la doctrine incontestée.

Qu'importe si le moment précis de sa naissance est entouré de quelque incertitude et de quelque obscurité, pourvu qu'à un moment donné elle se présente à nous d'une façon tellement impérieuse qu'il soit impossible de la méconnaître. Nous serons heureux lorsque la jurisprudence sera venue consacrer définitivement une coutume sur laquelle planait quelque incertitude, mais quand nous nous trouverons en face d'une pratique incontestée et générale, pourquoi n'y verrions-nous pas d'ores et déjà une coutume, et lui refuserions-nous autorité jusqu'à ce qu'une décision judiciaire soit venue reconnaître ce qui existait déjà d'une façon indiscutable. Bien loin de nous d'ailleurs la pensée de méconnaître le rôle capital joué par la jurisprudence dans l'élaboration du droit coutumier. Nous croyons fermement — nous sommes d'accord avec M. Lambert, sans aller aussi loin que lui — que la jurisprudence est à l'heure actuelle le mode le plus fécond de production de la coutume. Et pour ne pas nous faire d'illusions, nous convenons que si la pratique extra-judiciaire est souvent revêtue d'autorité, c'est

que personne, même le plaideur le plus téméraire, ne se hasarde à attaquer pareille pratique, persuadé qu'il est que les tribunaux saisis d'une telle demande n'hésiteraient pas à la repousser. Ce que nous prétendons c'est que, si la plupart du temps la coutume naît de la jurisprudence, il peut y avoir coutume sans consécration judiciaire ; et cela arrive pour les pratiques extra-judiciaires, sur lesquelles les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer précisément parce que les plaideurs, sûrs d'avance de l'issue du procès, ne sont pas venus demander au juge une intervention qu'ils jugeaient inutile. Cela n'empêche pas que ces pratiques, quoique non consacrées par la justice, constituent des coutumes et ont autorité.

Nous avons placé la doctrine au rang des facteurs de la coutume. N'exagérons rien toutefois. La doctrine, en effet, n'a et ne peut avoir dans l'élaboration de la coutume qu'un rôle assez restreint. Et je regrette que M. Gény ait voulu établir entre la science et la jurisprudence une solidarité lorsqu'il parle de « *ce droit coutumier né des résultats de la jurisprudence ou des travaux de la doctrine* ». Une pareille affirmation est contredite par les faits. Pour reprendre un exemple cité par M. Gény, si la jurisprudence favorable à l'inaliénabilité de la dot mobilière a fait naître des pratiques notariales, il n'en a jamais été de même de la doctrine opposée proclamant l'aliénabilité de cette même dot, doctrine qui pourtant a été tout aussi solidement fixée en ce sens que la jurisprudence l'était en l'autre. D'ailleurs le motif qui donne autorité aux pratiques extra-judiciaires et aux dé-

cisions jurisprudentielles — motif que je signalais tout à l'heure — n'existe plus ici. Si les individus lésés par une règle coutumière y conforment pourtant leurs actes, c'est qu'ils savent qu'en soumettant leurs prétentions aux tribunaux, ils s'exposeraient à un insuccès certain. Les mêmes motifs n'existent plus pour pousser le public à s'incliner devant les opinions d'une doctrine souvent ignorée de lui, souvent même ignorée des hommes d'affaires qui procèdent beaucoup plus d'après les précédents ou sous la poussée brutale d'un fait nouveau que d'après les opinions scientifiques parfois oubliées depuis l'école. A moins qu'une doctrine n'ait passé dans la pratique extra-judiciaire ou ne se soit transformée en jurisprudence, je vois mal comment elle pourrait imposer son autorité aux individus dont elle contrecarre les intérêts. Son rôle d'ailleurs, pour être différent, n'en est pas moins considérable. C'est à elle d'éclairer la pratique, d'orienter la jurisprudence, et en interprétant la loi et la coutume, d'en montrer les lacunes et les défauts, pour tâcher de les amender et de contribuer ainsi à la marche du droit vers plus de justice et plus de vérité.

IV

J'en aurais terminé avec la notion de la coutume et son fondement, si je ne devais, pour être complet, envisager une question qui a soulevé d'assez vives controverses parmi les auteurs qui ont traité du droit coutumier. Il s'agit de savoir quelle place il faut accorder à certains usages de la vie des affaires, particulièrement répandus dans le com-

merce, que M. Géný a proposé de désigner du nom d'*usages conventionnels*. « Il s'agit, dit M. Géný (1), de ces pratiques, quelques-unes générales, la plupart locales ou professionnelles, qui enveloppent tacitement la formation des actes juridiques, spécialement des contrats, et qu'en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, purgé d'un vain formalisme et dominé par la bonne foi, on sous-entend dans tous ces actes, même, sauf quelques réserves, dans tous les actes solennels, pour interpréter ou compléter la volonté des parties ou celle de l'auteur de l'acte. Tels, les usages, si nombreux, en matière de bail, de louage de services, ou, comme on dit plus volontiers aujourd'hui, de contrat de travail, de vente civile ou commerciale, de société, de compte courant, d'opérations de bourse, d'effets de commerce, de contrats maritimes, etc., etc. ; même en matière de testament, à l'effet d'éclairer et de préciser les intentions du testateur ; bref, dans toute la sphère juridique où trouve place le jeu de la volonté autonome sous le nom d'*usage* ou *usages locaux*, le Code civil, traçant les règles générales de l'interprétation des contrats (art. 1135, 1159-1160), ou déterminant le contenu de certains d'entre eux (ex : art. 1736, 1745, 1748, 1753, 1754, 1757, 1759, 1762, 1777, 1780 al. 3 ajouté par la loi du 27 décembre 1890, etc.) a plus d'une fois fait allusion à ces *usages conventionnels*. Et, en matière de vente commerciale, une loi bien connue (loi du 13 juin 1866 concernant les usages commerciaux) a fixé les plus courants

(1) Géný, *op. cit.*, p. 367.

d'entre eux. » C'est de ces usages conventionnels ainsi définis que nous devons nous demander s'ils constituent des règles de droit autonomes, ou si, au contraire, ils ne sont qu'une variété de la coutume juridique. On voit, au premier abord, que la solution de ce problème dépend de la conception que l'on se fait de la coutume, et c'est pourquoi l'examen en paraît tout naturel à la fin de ce chapitre.

La plupart de nos auteurs ne voient dans l'usage qu'une variété de la coutume, obligatoire au même titre pour les tribunaux (1). Mais pour ces auteurs qui, en général, adoptent l'opinion d'après laquelle la coutume n'est qu'une loi tacitement consentie, il suivrait de là qu'en matière civile, tout au moins, ces usages ne s'imposeraient à l'interprète qu'en vertu d'une décision propre de la loi. Une pareille solution est en contradiction évidente avec notre conception de la coutume. Heureusement toutefois, ces auteurs admettent que les dispositions des articles 1135, 1159, 1160 du Code civil écrites pour les contrats peuvent être étendues par analogie à tous les actes juridiques, ce qui permet de tenir assez largement compte de l'usage. Aux yeux même de certains de nos jurisconsultes, les usages conventionnels constitueraient le tout de la coutume juridiquement reconnue, notamment en matière commerciale (2).

(1) Merlin, *Rép. de jurisprudence*, V^o Usage ; Toullier, *Le droit civil français*, t. I^{er}, 1839, n^o 158, p. 126 ; Dalloz, *Rép. alph.*, V^o Lois, n^{os} 112 et sq. ; *Supplément au Rép.*, V^o Lois, nos 45 et sq. ; Aubry et Rau, § 23, t. F, 1897, p. 74-76 ; Beudant, *Introduction*, 1896, p. 63 ; Boistel, dans *Revue générale du droit*, 1879, p. 176.

(2) Cette conception est celle de MM. Lyon-Caen et Renault, *Traité*

M. Gény, après avoir constaté qu'au premier coup d'œil on n'aperçoit pas bien pourquoi les usages conventionnels seraient exclus du cadre de la coutume, est amené tout naturellement par la notion qu'il se fait du droit coutumier à faire entre les usages et la coutume une profonde distinction. « Sans doute, dit-il (1), l'*usage conventionnel* présente bien l'élément matériel de la coutume, puisqu'il suppose une pratique constamment et longuement suivie. Mais, contient-il l'élément psychologique, également nécessaire pour la caractériser, l'*opinio necessitatis*, telle que nous l'avons définie ? Dans la plupart des cas, on doit sans hésiter répondre négativement. Les usages des affaires ne permettent de suppléer ou d'interpréter la volonté des contractants (plus généralement des parties à l'acte juridique) que parce que ceux-ci sont censés s'y être référés *librement*. Or ce choix même exclut chez eux le sentiment d'une sanction juridique *nécessairement* attachée à l'usage. » Les usages conventionnels tiennent donc moins de la nature de la vraie coutume juridique que de celle des usages de fait, ou usages de la vie courante (2).

de droit commercial, I³, 1898, p. 82, *in fine*. — Ils font reposer toute la force obligatoire des usages (équivalant pour eux à la coutume) sur l'idée d'une convention tacite.

(1) Gény, *op. cit.*, p. 370.

(2) M. Thaller (*Traité élémentaire de droit commercial*, 1898, p. 42 et 89, nos 40-46) distingue aussi nettement les *Usages* « manière tacite dont les parties ont entendu régler leur accord, telle qu'elle résulte d'une pratique démontrée », et la *Coutume* « règle de tradition tirant son autorité d'une pratique immémoriale, considérée comme loi des ancêtres ». Mais cette distinction lui sert principalement à n'ad-

Toutefois M. Gény reconnaît que l'usage des affaires, qui n'est pas par lui-même une coutume, peut provoquer la formation du droit coutumier. « Cette transformation, dit-il, est due à la substitution graduelle d'une volonté commune et d'ensemble aux volontés particulières qui, créant un sentiment général de nécessité juridique (*opinio juris*), aura isolé la règle usuelle de l'intention subjective des individus, pour l'ériger finalement en disposition de droit objectif, valant par elle-même, en vertu de la force sociale qui soutient toute coutume. » Quant à savoir à partir de quel moment se sera produit ce changement décisif dans la nature de l'usage, M. Gény nous avoue qu'il n'a aucun critérium à nous proposer. « Ce n'est plus là, dit-il, qu'une question d'appréciation fort délicate et qui ne peut être résolue qu'au sujet de telles pratiques individuellement considérées. » Mais si nous considérons les exemples cités par M. Gény, nous ne serons pas éloignés de croire que pour lui le moment où l'usage est transformé en coutume ne diffère guère de celui qui, aux yeux de M. Lambert, donne naissance à toute coutume. Il nous parle en effet (1) de « la plupart des usages de Bourse ou ceux relatifs à la pratique du compte courant ». A quel signe a-t-il donc dis-

mettre, à côté de la loi, comme source du droit commercial, que les usages proprement dits.

M. Lambert, *op. cit.*, p. 814, n'accordant autorité à la coutume que lorsqu'elle a été consacrée judiciairement, est également amené à reconnaître une différence entre les usages et la coutume. Pour lui, les usages ne deviendront coutumes que lorsqu'ils auront été consacrés par une décision de justice.

(1) Gény, *op. cit.*, p. 378 et les notes.

cerné que ces usages sont devenus de véritables coutumes ? Les notes indiquent assez que c'est à ce fait qu'ils ont été déclarés tels par d'importantes décisions judiciaires. Ce serait là, si besoin était, une nouvelle raison de croire insuffisante la théorie de M. Gény, puisqu'il se laisse lui-même guider par un critérium — consécration judiciaire — contre lequel sa doctrine générale l'oblige à protester.

Pour nous qui ne nous sentons nullement astreints à envisager la coutume sous le même angle étroit que les romanistes, qui d'ailleurs croyons qu'une consécration judiciaire n'est pas absolument indispensable pour créer le droit coutumier, mais qui croyons fermement que la règle juridique existe antérieurement même à toute consécration légale ou judiciaire, nous nous sentons assez peu disposés à admettre qu'il existe entre les usages conventionnels et la coutume une irréductible différence de nature. La coutume étant, pour nous, toute règle de droit extra-législative, affirmée avec énergie et d'une façon générale, pourquoi ne reconnaitrions-nous pas cette règle de droit partout où elle existe et sous toutes les formes où elle se présente ? Qu'importe que cette forme soit la jurisprudence, la pratique extra-judiciaire, ou les usages des affaires ? « La règle de droit existe non seulement avant que la contrainte, destinée à la sanctionner, soit organisée, mais avant que l'homme en ait connaissance, par cela seul que les hommes vivent en société (1). » Si cette idée est vraie — et nous la croyons

(1) Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, p. 114 et 89.

telle — rien ne nous empêchera d'accorder à un usage incontesté et généralement suivi l'autorité d'une coutume, sans nous préoccuper du point de savoir s'il a ou n'a pas encore reçu la consécration d'une décision judiciaire. Sans doute M. Géný nous dira que l'usage manque de l'élément psychologique qui fait la coutume, que ceux qui le pratiquent s'y rattachant librement, on ne trouve pas chez eux le sentiment qu'ils agissent en vertu d'une règle non exprimée s'imposant à eux comme règle de droit objectif. Nous avons fait la critique de cette exigence. Au surplus qu'importe que ceux qui pratiquent l'usage n'aient pas le sentiment de sa nécessité pourvu qu'ils s'y soumettent d'une façon générale et sans exception. Et d'ailleurs est-on sûr que ceux dont l'usage lèse les intérêts et qui pourtant s'y soumettent le fassent librement ? Et ne pouvons-nous pas raisonner pour l'usage comme pour la pratique extra-judiciaire et dire que si tout le monde s'y soumet, c'est que tout le monde est persuadé que celui qui essaierait de s'y soustraire serait immédiatement rappelé par les tribunaux à l'observation d'une règle dont l'autorité n'a jamais fait de doute pour personne. Ici encore il y aura un moment d'incertitude, d'obscurité même : c'est le moment où l'usage sera devenu assez fort pour être respecté. Peu importe, s'il s'impose à un moment donné avec une force irrésistible. M. Géný nous dira que ce moment est celui où une volonté commune et d'ensemble, créant un sentiment général de nécessité juridique, se sera substituée aux volontés particulières. M. Lambert nous dira que c'est celui de la consécration

judiciaire ; nous dirons, nous, plus simplement que l'usage des affaires, fût-il l'expression de volontés particulières, ne fût-il consacré par aucune décision judiciaire, est une coutume par cela seul qu'il existe comme règle suivie généralement par les particuliers, de même que la pratique extrajudiciaire constitue, à nos yeux, une coutume qui s'impose par cela seul que personne ne songe à l'enfreindre ou à s'en écarter.

CHAPITRE V

LE RÔLE DE LA COUTUME DANS NOTRE DROIT ACTUEL

I

Nous sommes arrivés à préciser, dans la mesure du possible, la notion de la coutume, à la poser comme source irrécusable de droit positif dont l'interprète ne saurait oublier l'existence dans la solution des problèmes juridiques. Il nous reste, maintenant, à en déterminer les effets et la portée. Question fort délicate, en vérité, et qu'on n'a pas à se poser au sujet de la loi écrite. Emanation de la volonté du législateur, traduite en formule, la loi, par sa nature même, impose sa force obligatoire d'une façon absolue. Il en fut de même pour la coutume aux âges anciens et pendant toute l'histoire de notre ancienne France, où elle constituait la seule source de droit effectivement en vigueur. Mais depuis, les choses ont changé ; l'organisme du pouvoir s'est modifié, la fonction législative s'est développée ; l'événement important de la codification semble avoir donné à la loi écrite le pas sur toutes les autres sources juridiques. Et de nos jours, il est évident que la coutume, œuvre des efforts répétés de l'immense armée des artisans du droit, de la pratique, de la jurisprudence, ne s'impose plus — apparemment tout au moins — avec la même énergie que la loi

écrite. Nous sommes donc légitimement fondés à nous demander si, en face de notre état actuel de codification, la coutume — source de droit que nous ne pouvons plus méconnaître — a conservé une place, et quelle est cette place surtout lorsqu'on envisage la coutume au regard du droit écrit et en conflit possible avec lui.

Tel est le problème, tel qu'il se pose pour notre droit français moderne. Avant d'en aborder l'étude, il importe d'en bien préciser les termes et tout d'abord d'en élaguer soigneusement tous les éléments dont notre système légal peut avoir donné une solution. Or il faut se demander si nos lois de codification privée n'ont pas simplifié la question en ce qui concerne tout au moins les coutumes anciennes, c'est-à-dire antérieures aux Codes, et si elles n'ont pas enlevé toute autorité impérative à ces coutumes anciennes se référant à des matières comprises dans la codification. Il n'est pas douteux, en droit, que le législateur qui se propose de régler une matière donnée soit fondé à abolir les sources antérieures concernant cette matière. Cela résulte de la puissance législative elle-même (1). Quant au point de savoir si, en fait, les rédacteurs du Code ont réalisé cette abrogation du droit antérieur, c'est affaire d'interprétation des lois qui ont consommé la codification. Or en ce qui touche les matières comprises dans le Code civil et dans le Code de procédure, il résulte de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII et de l'article 1041 du Code de 1806 que le droit coutumier

(1) Gény, *op. cit.*, nos 90 et 94, p. 199 et 215.

antérieur relatif à ces matières cesse d'avoir force de loi à dater du jour où les lois, composant ou constituant les deux Codes, sont devenues exécutoires (1).

En ce qui concerne les matières commerciales, l'article 2 de la loi du 16 septembre 1807 est moins net. Ne visant formellement que les anciennes *lois*, on peut conclure de ce silence que les coutumes anciennes n'ayant pas été abrogées expressément n'ont subi, dans les matières commerciales, que l'effet de l'abrogation tacite résultant de leur contradiction avec les dispositions du Code de commerce.

Il résulte donc de nos lois de codification que toutes les coutumes antérieures aux Codes et non formellement maintenues par eux ont disparu du rang des sources du droit positif. De celles-ci nous n'avons donc pas à nous occuper. Mais de nouvelles coutumes ont pu se former depuis les Codes, et même certaines coutumes anciennes relatives à des matières non réglées par la codification ont pu subsister. C'est donc de toutes ces coutumes encore vivantes de nos jours que nous devons nous demander quelle est leur place et leur autorité au regard de la loi écrite.

Dans l'examen de ce délicat problème de l'autorité de la

(1) Art. 7, loi du 30 ventôse an XII : « A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. » — Art. 1041, C. pr. civ. : « Le présent Code sera exécuté à dater du 1^{er} janvier 1807 ; en conséquence, tous procès qui seront intentés depuis cette époque seront instruits conformément à ses dispositions. Toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile sont abrogés. »

coutume nous nous placerons successivement à divers points de vue. La coutume ne se présente pas toujours en face de la loi écrite de la même manière et sous le même aspect. Tantôt la coutume sera simplement supplétive ou interprétative, elle n'aura pour but que de préciser le sens de la loi ou d'en compléter les lacunes ; c'est la coutume *præter legem* des jurisconsultes romains. Tantôt au contraire la coutume se posera nettement en face de la loi écrite, en en heurtant les dispositions ; soit qu'elle tende à faire échec à la loi par la règle contraire qu'elle établit (*consuetudo abrogatoria*), soit qu'elle vise à la faire tomber en désuétude par le non-usage de ces dispositions (*desuetudo*) : c'est la coutume *contra legem*. Nous nous poserons à propos de chacune de ces situations, la question de savoir quelle est l'autorité de la coutume dans notre système légal actuel.

II

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse d'une coutume *præter legem*, de celle qui ne tend qu'à préciser le sens de la loi écrite ou à en combler les lacunes. C'est sans aucun doute l'aspect le plus simple du problème qui s'impose à notre réflexion. Nous croyons avoir suffisamment montré dans notre introduction que le législateur est manifestement impuissant à suivre et encore moins à prévoir les modifications qui s'opèrent chaque jour dans le milieu qu'il est appelé à régir. Dans une civilisation comme la nôtre, régie par un Code vieux de plus de cent ans, il est impossible que le texte de ce Code puisse répondre à tous les be-

soins nouveaux qui se sont fait jour depuis, sous l'irrésistible poussée des nécessités sociales. La preuve — si besoin en était — serait suffisamment fournie par l'énorme collection de lois qui depuis 1804 sont venues corriger ou compléter le Code civil. Ces lois elles mêmes ne sont pas toujours venues à leur heure, et combien de matières de droit privé ne pourrait-on pas citer, à l'heure où nous écrivons, qu'aucun texte n'est venu encore réglementer, ou qui sont régies par des lois anciennes, ne correspondant plus aux exigences du moment. Pour que la loi intervienne, il faut que le besoin s'en soit depuis longtemps fait sentir d'une façon bien pressante.

Par ailleurs, et lorsque le législateur a cru devoir intervenir, il est également impossible qu'il ait minutieusement prévu et réglé toutes les difficultés de détail auxquelles l'application du moindre texte donne naissance. Ce serait demander à une œuvre humaine la perfection, c'est-à-dire l'impossible. Les praticiens savent assez le nombre incroyable de difficultés qui surgissent entre chaque syllabe d'un texte législatif, qui n'est pas encore descendu dans le domaine de la pratique, et qu'il s'agit de mettre en œuvre. Quels point embarrassants. quelles imprécisions, quelles difficultés d'interprétation, quelles obscurités même, à propos du texte législatif le plus détaillé ! On voit dans ces conditions, que l'interprète se trouvera souvent, au milieu même d'un système législatif très complet, en face de situations que la loi n'aura pas ou incomplètement prévues, ou pour lesquelles son texte vague ou obscur aura besoin

d'être interprété et précisé. Ces situations, pourtant, il lui faudra les résoudre.

Car nous avons à peine besoin de dire que nous rejetons bien loin de nous les idées de M. Blondeau en pareille matière. Cet auteur, que nous avons déjà vu déclarer que la loi est la seule source de droit (1), n'hésite pas en effet à pousser son principe jusqu'en ses extrêmes conséquences, et à nous dire que lorsque le juge se trouvera en présence de lois obscures ou contradictoires, « il aura des motifs aussi puissants pour s'abstenir que pour agir, et devra considérer ces lois comme n'existant pas et *rejeter la demande* » (2). Mais, s'écriera-t-on, c'est violer l'article 4 du Code civil qui déclare coupable de déni de justice « le juge qui refusera de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » ? Point du tout, dit M. Demolombe ; en agissant ainsi, le juge ne refusera pas de juger, « *il jugera* au contraire que la demande n'est pas recevable » (3). A vrai dire, je ne saisis guère la différence qu'il y a entre refuser de juger et déclarer la demande non recevable parce qu'elle n'est pas appuyée sur un texte, fut-elle aussi équitable et légitime que possible. Et je doute surtout que le plaideur, qui n'a peut-être pas l'esprit juridique mais qui croit à son bon droit, saisisse bien la différence !

Nous avons vu le principe qui sert de base à cette doc-

(1) V. *suprà*, Introduction, p. 3.

(2) Blondeau, *loc. cit.*, p. 362-364.

(3) Demolombe, *op. cit.*, t. I, n° 113, p. 128.

trine : l'axiome *à priori* que la loi a tout prévu, la conviction qu'en étirant ou en comprimant avec habileté son texte, on peut en faire sortir toujours une solution adéquate aux besoins de la pratique. Nous avons, je crois, fait justice de ces erreurs. La loi peut bel et bien être muette, et le législateur lui-même n'a pas hésité à le reconnaître. Qu'on se souvienne du passage du Discours préliminaire de Portalis que nous citions au début de cette étude (1). Et l'article 4 du Code civil, que M. Demolombe entend malgré tout respecter, n'est-il pas lui-même l'aveu législatif de l'impuissance de la loi. N'est-ce pas reconnaître que cette loi ne peut tout prévoir que de supposer son silence, son obscurité, ou son insuffisance ?

D'autre part, nous n'admettons pas davantage la doctrine de certains auteurs qui, tout en reconnaissant que la loi ne saurait tout prévoir et qu'elle est forcément incomplète, bornent le rôle de l'interprète à une recherche de la volonté du législateur. « Le juge doit alors *deviner*, dit M. Planiol, quelle serait la décision du législateur s'il était appelé à résoudre directement la question qui lui est soumise (2). » Etrange fascination exercée par ce fantôme de la loi écrite ! Pourquoi s'obstiner à vouloir trouver la perfection dans ce qui, par nature même est incomplet. Il suffit de vouloir regarder pour se convaincre qu'en dehors des cas prévus par la loi, des faits nouveaux se sont produits, des nécessités nouvelles ont surgi, des besoins insoupçon-

(1) V. *suprà*, p. 17.

(2) Planiol, *op. cit.*, t. I, n° 221, p. 90.

nés se sont fait jour, et qu'il faut pour les régir autre chose qu'un texte qui leur est antérieur et n'a pu les prévoir. N'emprisonnons pas toutes ces créations nouvelles dans des barrières législatives qui n'ont pas été, qui n'ont pas pu être faites pour elles. Et laissons l'interprète chercher les éléments nécessaires à la solution des conflits créés par les situations nouvelles, tout simplement où ils se trouvent, dans la vie des affaires, dans la pratique, dans la jurisprudence, dans la coutume en un mot. Grâce à sa souplesse, la coutume peut, sous l'action de l'autorité judiciaire, se modifier au jour le jour pour se conformer aux besoins de la pratique. Dès que, au milieu du choc constant des intérêts, une situation nouvelle est née, ceux qui, par profession travaillent à la solution des conflits juridiques, s'efforcent de créer des pratiques répondant aux nécessités nouvelles, la jurisprudence les sanctionne, et de l'ensemble de ces efforts combinés sort une coutume vraiment conforme aux nécessités qui l'ont fait naître. Pourquoi ne pas user de cette règle de droit créée par la nécessité, pourquoi aller chercher dans une loi reculée ce qu'elle n'a pas pu prévoir, pourquoi attendre que le législateur, toujours si lent à se mettre à l'œuvre, soit venu donner l'estampille législative à des normes juridiques qui existaient depuis longtemps déjà ? Nous avons, d'autre part, reconnu à la coutume le caractère de source formelle s'imposant à l'interprète, nous lui avons accordé le même rang qu'à la loi. Pourquoi ne pas aller jusqu'au bout et dire qu'elle s'impose à l'égal de la loi ? Concluons donc que lorsque la loi sera muette ou

présentera des lacunes — et toute loi en est là — il faudra sans hésitation faire appel à la coutume pour la suppléer ou la compléter.

N'est-ce pas d'ailleurs ce que notre pratique a fait ? Que de points dans notre droit sont abandonnés à l'usage, que de pratiques l'on suit sans même se douter que la loi ne les prescrit pas, auxquelles on obéit quelquefois bien mieux qu'à la loi la plus expresse ! J'en citerai un exemple entre mille, exemple emprunté à M. Beudant (1). La femme, quand elle se marie, prend toujours le nom de son mari. — Voilà certes une coutume générale et invétérée. — Et pourtant ce n'est écrit nulle part, ce n'est pas légal, auraient dit Blondeau et Demolombe. Qui donc néanmoins songe à s'y soustraire ? Au moment de la discussion de la loi sur le divorce en 1884, on se demanda si la femme divorcée continuerait à porter le nom de son mari ou reprendrait son nom de jeune fille. On ne trancha pas la question de suite ; on remarqua, en effet, pour l'éluder, qu'aucune loi n'autorisant la femme mariée à prendre le nom de son mari, on n'avait pas à s'inquiéter d'un état de choses qui n'était pas légal. Point n'était besoin d'une loi pour décider que la femme divorcée ne porterait plus le nom de son mari, alors qu'aucune loi n'avait jamais donné ce droit à la femme mariée, « Faux-fuyant d'un législateur embarrassé ! dit M. Beudant. C'était oublier qu'à côté du droit écrit il y a le droit non écrit, tout aussi obligatoire que le premier ; et si jamais

(1) Beudant, *op. cit.*, p. 64.

règle coutumière fut certaine, c'est celle-là. » On s'aperçut vite de l'erreur commise en raisonnant ainsi, et une loi du 6 février 1893 fut obligée de reconnaître la coutume. On sait que cette loi, incorporée à l'article 299 du Code civil, décide que par l'effet du divorce chacun des époux reprend l'usage de son nom. Voilà bien la preuve évidente que la coutume peut tenir lieu de loi ; c'est le législateur lui-même qui le reconnaît.

Je pourrais donner bien d'autres exemples montrant que la loi la plus minutieuse peut être insuffisante et qu'il y a place encore pour la coutume à travers chaque interstice des textes législatifs. Je n'en veux pour preuve que l'exemple développé avec une rare compétence par M. Meynial dans une note de jurisprudence (1). Il n'est pas, je crois, de matière plus minutieusement, plus longuement réglée par le Code que celle de la communauté conjugale. Et cependant nombreuses sont les difficultés et les incertitudes qu'elle soulève. En l'espèce, la question se posait de savoir si la femme autorisée oblige la communauté de son chef par les dettes qu'elle contracte pendant la durée de la communauté. Et M. Meynial, après un long examen de la question, de répondre qu'il est impossible sur ce point de connaître l'intention du législateur. « En présence de cette omission du Code, dit-il, serait-il trop hardi à l'interprète d'essayer d'élargir son domaine ? C'est dans cette situation que se trouvaient jadis nos vieux auteurs coutumiers en

(1) S. 1893.1.163.

face d'une rédaction manifestement insuffisante. Ils étaient trop heureux de ne pas imposer au législateur une opinion sur des points sur lesquels son attention ne s'était pas portée. Ils croyaient qu'ils avaient droit alors de revendiquer leur indépendance et d'en profiter pour mettre le droit en plus parfaite harmonie avec les besoins et les tendances du milieu dans lequel ils vivaient... C'est ainsi que le nombre des hypothèses non prévues allant en augmentant par suite des incessantes modifications sociales, *la coutume* reprendra ses droits jusqu'à une nouvelle codification qui sera suivie sans doute d'une nouvelle période exégétique, et ainsi de suite. »

Le rôle de la coutume *præter legem* ne se borne point d'ailleurs aux seules hypothèses de silence ou d'insuffisance de la loi. Dans la majorité des cas, en effet, l'interprète aura en face de lui un texte législatif dont il devra tenir compte. Mais ce texte ne sera pas toujours suffisamment clair et précis ; il faudra bien souvent l'élargir, le restreindre, le discuter, en un mot l'interpréter. Quel sera le guide du juge dans cette interprétation de la loi, et où ira-t-il chercher les éléments que le texte ne lui fournit qu'incomplètement ? Dans la coutume, répondrons-nous encore nettement ; dans tout ce tissu compact des créations juridiques que les mœurs, le milieu, la pratique, les tribunaux, tissent chaque jour sous la poussée des transformations économiques et sociales. Là sera pour lui le guide le plus sûr de son interprétation, le plus équitable aussi parce que le plus vivant et le plus conforme aux situations qu'il aura à tran-

cher. La loi sera souvent trop étroite ; que l'interprète alors s'affranchisse de ses lisières pour aller chercher autour de lui, partout où il la trouve, la règle de droit propre à résoudre les conflits dont on lui demande la solution, sans s'inquiéter de savoir ce que le législateur aurait fait en pareille occurrence

Ces idées paraîtraient révolutionnaires à beaucoup, et surtout aux auteurs de l'école traditionnelle, à ceux que nous avons appelé les interprètes du Code civil. Nous avons vu que, dans leur idolâtrie de la loi écrite, ils n'admettaient pas qu'on puisse aller chercher ailleurs que dans le texte la solution des problèmes juridiques. Pour eux l'interprète doit toujours être aveuglément esclave de la lettre de la loi. Nous avons vu que, grâce à leur système de constructions juridiques et de déductions logiques, ils prétendaient tout tirer de la loi elle-même, et faire d'un Code un tout qui se suffit à lui-même, qui reste immuable au milieu de l'éternel devenir, et qui n'emprunte rien au dehors. Qu'importe l'absurdité ou l'injustice de certaines solutions ainsi obtenues ! *Dura lex, sed lex* ! Tout ce qu'on permet au juge, c'est d'adresser au législateur omnipotent une supplique, pour le prier d'intervenir, et en attendant de se croiser les bras, et d'assister, calme et impuissant, au spectacle de toutes les injustices que la logique lui ordonne de consacrer. Et quand cette logique lui aura permis de découvrir ce qu'il croit être l'intention du législateur, qu'il applique imperturbablement le texte, tel quel, en 1907 comme en 1804. L'intention du législateur le plus reculé ne doit-elle

pas faire échec aux nécessités les plus pressantes des faits actuels ?

Ces idées sont bien près d'avoir vécu. En tous cas, nous déclarons bien hautement que ce ne sont pas les nôtres. Nous estimons que l'interprète a autre chose à faire qu'à attendre le bon plaisir du législateur. Ce bon plaisir est si long à venir ! Et lorsqu'il se manifeste, c'est si souvent pour régler les situations les moins urgentes. Les Parlements actuels ont si peu le temps de faire du droit... Non, le juge ne doit pas être l'esclave de la lettre de la loi, il ne doit pas s'assujettir aveuglément aux principes, à ces principes que Laurent défendait avec tant d'énergie quand il s'écriait : « Si l'on fait plier à chaque pas les principes devant les faits, il n'y a plus de principes (1) ! » Peut-être, mais il y a de la justice, et je crois cela préférable.

Nous croyons, nous, que la mission du juge est plus haute et plus grande. Interprète de la loi, nous lui reconnaissons le pouvoir de l'assouplir, de la plier aux exigences de la vie, et, sans attendre que le législateur ait modifié son œuvre, de puiser en dehors de la loi, dans la coutume si vivante, si variée, si équitable, qui se crée ou qu'il crée lui-même chaque jour, tout ce qui lui est nécessaire pour remplir dignement la mission que la société lui a confiée : celle d'être juste. « La meilleure interprétation des lois, est, comme l'a dit heureusement M. Percerou, celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente (2). » Sans

(1) Laurent, *op. cit.*, t. IX, 1873, p. 562-564.

(2) Percerou, *Annales de droit commercial*, 1898, p. 64. Ces idées

doute il y aura des cas où le juge trouvera des textes impératifs si précis qu'il n'aura pas à les interpréter ; il n'aura qu'à s'incliner. Mais chaque fois qu'une incertitude quelconque, due au laconisme de tout texte législatif, planera sur la loi, que le juge se souvienne qu'il n'est pas un mécanisme aveugle, et qu'à côté du droit écrit, qui reste toujours la base de notre législation, il y a le droit coutumier plus souple et plus vivant, dont le rôle est précisément de remédier aux défauts de la loi, et qui, par sa souplesse même, est toujours en rapport avec les besoins de l'heure présente.

Ce que nous proclamons dans le domaine de la théorie, la pratique l'a depuis longtemps réalisé dans le domaine des faits. Il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour voir quelle luxuriante végétation coutumière a pris naissance depuis le Code. A chaque pas on rencontre des créations nouvelles, œuvre de la coutume, qui sans se laisser dominer par le vain respect d'une formule législative ne s'est préoccupée que d'introduire dans le droit plus de justice et de vérité.

C'est la plupart du temps sous l'influence de la pratique extra-judiciaire que ces créations nouvelles se sont fait jour. Mieux que les jurisconsultes, mieux même que les juges, les hommes d'affaires, et surtout les notaires, sont appelés à connaître et à satisfaire les besoins d'une société en voie de transformation. Les particuliers s'adressent tout natu-

gagent chaque jour du terrain parmi la jeune école. V. la thèse précitée de M. Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 154 et s.

rellement à eux lorsqu'ils jugent les prescriptions légales incomplètes ou injustes. Grâce au principe de la liberté des conventions écrit dans l'article 1134 du Code civil, la pratique extra-judiciaire est arrivée à des résultats que les rédacteurs du Code n'avaient certainement pas prévus. Avec l'aide de la jurisprudence elle a modifié du tout au tout l'esprit de certaines institutions, devenant ainsi un des plus importants facteurs de l'évolution juridique. Citons quelques exemples de ces constructions coutumières.

Les régimes matrimoniaux ont été caractérisés et délimités par le législateur avec un soin minutieux. Et cependant, usant largement du principe de liberté écrit dans l'article 1387, la pratique est arrivée à constituer en cette matière des régimes coutumiers « dont le nom seul marque le point d'attache avec les classifications du Code » (1). L'exemple le plus frappant de ce phénomène est bien la transformation subie par le régime dotal.

Dans la pensée des rédacteurs du Code l'inaliénabilité était la marque essentielle de ce régime ; elle ne pouvait être étendue aux autres et ne s'appliquait qu'aux immeubles (arg. art. 1554 et 1560). C'était un régime rigide, qui tout en faisant preuve d'une méfiance invraisemblable à l'égard du mari, ne donnait pas à la femme la protection qu'elle était en droit d'attendre. La pratique notariale, par l'adjonction de sociétés d'acquêts et de clauses de remploi a complètement modifié ce régime primitif. De plus, on

(1) Maurice Sauzay, *Procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence française en droit civil*, Thèse Lyon, 1904, p. 30.

s'aperçut bientôt que la dépréciation des immeubles et l'accroissement des valeurs mobilières imposaient la nécessité d'aller au delà du Code et de rendre inaliénables les meubles dotaux. Les parties prirent l'habitude d'insérer dans leurs contrats une clause frappant de dotalité les meubles de la femme, et la jurisprudence vint sanctionner ce que la pratique avait réalisé. Dès 1819 la Cour de cassation déclare « que le régime dotal n'a d'autre objet que d'assurer la dot en garantissant la femme de sa propre faiblesse, pour l'empêcher de se ruiner et de réduire ainsi ses enfants à la misère ; que ne pas admettre l'inaliénabilité mobilière serait, pour les femmes n'ayant que du mobilier, supprimer le régime dotal, ce qui serait contraire à l'article 1394 » (1). Toutefois, on a dû supprimer, pour la dot mobilière, quelques-unes des conséquences de l'inaliénabilité. Le mari peut disposer des meubles dotaux, mais la femme possède, de ce chef, une créance de restitution contre son mari, créance qu'elle ne peut aliéner (2). Généralement même on insère dans le contrat que la dot mobilière ne sera aliénable qu'à charge de emploi. On ajoute que les tiers seront responsables du défaut de emploi (3). On voit combien, sous l'influence de la jurisprudence et de la pratique notariale, le régime dotal de nos jours s'est éloigné du régime du Code civil. L'introduction de ces coutumes explique

(1) Cass., 4^{er} février 1819, S. 19.1.146.

(2) Cass., 15 février 1899, D. 99.1.247.

(3) Cass., 3 décembre 1888, D. 90.1.61 ; Cass., 20 mars 1894, D. 93.1.45.

le développement de ce régime matrimonial dans des régions où il était jadis inusité (1).

Le Code ayant fait du mari l'administrateur tout puissant de l'association conjugale, avait voulu donner à la femme, une protection contre la faiblesse soit-disant inhérente à son sexe. En face des larges pouvoirs accordés au mari, il avait édifié l'hypothèque légale de la femme mariée, mesure de défense destinée à assurer à la femme le recouvrement de ses reprises. Le temps eut vite fait de démontrer que cette arme forgée pour assurer à la femme une protection continuelle, n'aboutissait qu'à ruiner le crédit du mari et à rendre souvent impossible la vie commune. Comment en effet trouver des prêteurs quand on n'a à leur offrir en gage qu'un patrimoine grevé d'une hypothèque privilégiée ? Aussi, sous la poussée des besoins nouveaux, la pratique notariale en vint à écarter cette garantie gênante. Libre de disposer de ses biens, la femme était libre de renoncer à son hypothèque légale. Elle fit mieux. Créancière privilégiée sur les biens de son mari, elle se servit de sa situation pour attirer les prêteurs et leur inspirer confiance ; elle leur offrit de les mettre en son lieu et place ; elle les subrogea à tous ses droits et actions. Cette abdication pénétra dans les habitudes de tous les gens d'affaires. Bien qu'elle ne fût pas toujours écrite, elle devint de style dans tous les actes où figuraient des femmes mariées, et la jurisprudence

(1) Voy. Eyquem, *Le régime dotal*, Paris, 1904 ; Bartin, *Etudes sur le régime dotal*, 1892.

vint, ici encore, consacrer une création coutumière qui allait bien au delà des limites édictées par le Code (1).

Je pourrais citer bien d'autres exemples de créations coutumières dues à la pratique extra-judiciaire. Qu'on se souvienne de la modification subie par le retour légal de l'article 747 du Code civil, depuis la loi du 9 mars 1891, accordant au conjoint survivant un usufruit sur la succession du prédécédé. Par une clause de plus en plus fréquente, l'ascendant qui dote un de ses enfants par contrat de mariage stipule le retour conventionnel, et déclare renoncer, pour le cas où son droit au retour s'ouvrirait, à l'exercer à l'encontre du conjoint survivant sur l'usufruit des biens donnés. On voit par là combien prépondérant fut le rôle des hommes d'affaires et spécialement des notaires, dépositaires des intérêts et des secrets de leurs clients, mêlés à leurs joies et à leurs peines, administrant leurs fortunes, réglant les conditions de leur vie conjugale, et recevant leurs dernières volontés. Ils furent vraiment un des facteurs les plus importants de l'évolution juridique au cours du siècle dernier.

Mais à côté de ces coutumes d'origine extra-judiciaire, nous en trouvons, et de fort nombreuses, qui ont été créées de toutes pièces par la jurisprudence qui a fait preuve souvent d'une audace et d'une originalité vraiment étonnantes. Dans cet ordre d'idées on peut citer l'extension donnée à la stipulation pour autrui, les assurances sur la vie, les

(1) Cass., 8 août 1854, D. 55.1.337 ; 25 février 1862, D. 62.1.240.

théories de la responsabilité civile, des astreintes, de la dot incluse, les atteintes portées à la puissance paternelle. Nous allons examiner rapidement la façon de procéder de la jurisprudence dans ces créations extra-législatives.

« La stipulation pour autrui, dit M. Lambert (1), est l'un des instruments que le législateur lui-même a mis à la disposition de la jurisprudence pour élaborer le droit coutumier. Par là se sont glissées nombre d'institutions récentes qui déjà tiennent une place considérable dans la pratique contemporaine... La stipulation pour autrui est entre les mains de la jurisprudence un puissant et fécond instrument de création du droit. » Une des applications les plus importantes de cette théorie est l'assurance sur la vie contractée au profit d'un tiers. En 1804, les assurances sur la vie, telles que nous les pratiquons aujourd'hui, étaient inconnues. Portalis, avec l'indignation qui caractérise le style de son époque, parle de « ces pactes odieux où la cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent voisine du crime qui peut les abrégé (2) ». Aussi le Code resta-t-il muet sur une institution qu'il considérait comme entourée de discrédit et même tombée dans l'oubli. Vers 1820, se produisit un revirement d'opinion suscité par les heureux résultats des Compagnies anglaises. Après un avis favorable du Conseil d'Etat, du 28 mars 1818, la « Compagnie d'assurances générales » obtenait, par l'ordonnance du 29 décem-

(1) Lambert, *Droit coutumier contemporain, Du contrat en faveur des tiers*, Paris, 1893.

(2) Cité par Bosredon, *Histoire des assurances sur la vie*, thèse Paris, 1893, p. 215 et s.

bre 1819, l'autorisation de passer des contrats d'assurances sur la vie. Le 2 décembre 1836, la Cour de Limoges déclare que l'assurance-vie est un contrat aléatoire du genre de ceux dont parlent les articles 1104 et 1964 du Code civil (1). Le 2 juin 1863, la Cour de Lyon rapproche l'assurance-vie de la constitution de rente viagère au profit d'un tiers, permise par l'article 1973 (2). L'une comporte un acte à titre onéreux et l'autre une libéralité, mais les deux sont également licites. Aujourd'hui les contrats d'assurance-vie sont entrés dans les habitudes de la pratique journalière et leur légalité n'est plus contestée.

A défaut de loi, la jurisprudence a dû édifier de toutes pièces le mécanisme de l'institution nouvelle. Elle a regardé l'assurance au profit d'un tiers comme une stipulation pour autrui, en enlevant à l'article 1121 le caractère restrictif qu'il paraît avoir et que vient démentir d'ailleurs l'article 1973. On peut dire aujourd'hui que la règle romaine : *Nemo alteri stipulari potest* n'existe plus. L'article 1119 est devenu l'exception, et la jurisprudence a été conduite à valider la stipulation pour autrui en dehors des deux hypothèses de l'article 1121 (3). Dans tout contrat d'assurances, dit la Cour de cassation, le stipulant a tout au moins un intérêt moral, constitué par le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées dans l'acte. De plus, l'engagement pris par le stipulant de verser des primes annuelles à la

(1) S. 27.2.182.

(2) D. 63.2.119.

(3) Cass., 15 décembre 1873, S. 74.1.199 ; Cass., 16 janvier 1888 ; S. 88.1.211 et note.

Compagnie d'assurances, montre bien qu'il stipule pour lui-même. L'article 1121 est donc applicable.

On pourrait citer encore comme institutions coutumières créées par la jurisprudence par extension de la stipulation pour autrui : l'assurance sur les accidents faite par un patron au profit de ses ouvriers, les fondations, libéralités faites par des particuliers à des personnes publiques pour assurer certains services d'assistance ou d'enseignement. On voit quel immense champ d'action est réservé à la stipulation pour autrui, élargie et assouplie par la jurisprudence moderne.

Un des points de notre droit moderne où la jurisprudence a joué un grand rôle de création juridique est celui de la responsabilité civile. On sait que dans le Code, deux grands principes dominant toute la théorie de la responsabilité. Ils se résument en deux adages bien connus : « pas de responsabilité sans faute », et : « la preuve incombe au demandeur ». La responsabilité est donc essentiellement délictuelle. « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un ; s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances (1). » Cette thèse, bonne au début du siècle dernier, ne tarda pas à être contredite par les faits. Vers 1830, les lacunes et les injustices de cette conception furent mises en lumière par les progrès de l'industrie et de l'activité hu-

(1) Discours du tribun Tarrible au Corps législatif, le 19 pluviôse an XII ; Fenet, t. XIII, p. 488.

maine. L'installation de nouvelles industries, le développement du machinisme créèrent de nouvelles causes d'accidents, inconnues jusqu'alors. Bien plus, les accidents changèrent de caractère ; désormais ils eurent le plus souvent une origine obscure qui ne permit pas de dégager aussi facilement les responsabilités ; en devenant mécanique, l'accident devint anonyme. En présence d'un bouleversement semblable, le système des articles 1382 et suivants, interprétés strictement, constituait une erreur et une iniquité. Subordonner la réparation à la preuve d'une faute commise par l'auteur du dommage était le plus souvent mettre la victime dans l'impossibilité de se faire rendre justice. Un problème inquiétant se posait dès lors : par quel moyen donner satisfaction à l'équité.

Le problème fut abordé à la fois par la jurisprudence et la doctrine. Les tribunaux croyaient avoir trouvé la solution en élargissant le domaine de l'article 1386 dont ils forçaient les termes pour les rendre applicables aux machines, aux arbres, etc. (1). Les auteurs, eux, pensaient obtenir le même résultat en appliquant la responsabilité contractuelle au delà de ses limites traditionnelles. Le patron, disaient-ils, est débiteur contractuel de sécurité envers l'ouvrier ; si cette sécurité est atteinte, le contrat n'est plus exécuté et la responsabilité contractuelle du patron est en jeu, et la victime n'aura qu'à établir l'existence du contrat et non la faute de son adversaire.

(1) Paris, 20 août 1877, S. 78.2.48 ; Cass., 19 avril 1887, S. 87.1.217.

Ce n'étaient là que des demi-mesures, laissant toujours à l'article 1382 son rôle de texte fondamental. Aussi d'éminents auteurs, et au premier rang parmi eux, mon maître, M. Josserand, ont-ils essayé de construire la théorie, très hardie en apparence, d'une véritable responsabilité objective du fait des choses (1). « Lorsqu'un dommage est causé véritablement par notre chose, dit M. Josserand, nous sommes toujours et nécessairement tenus de la réparer, quand bien même on ne pourrait songer à nous reprocher aucun acte illicite, aucune omission coupable ; car notre responsabilité puise sa source non pas dans une faute délictuelle ou contractuelle, mais bien dans la loi. Le demandeur en indemnité n'a donc à administrer qu'une preuve généralement toute faite, celle d'un rapport de cause à effet entre notre chose et le préjudice souffert. » C'est en somme la notion de risque substituée à celle de faute. On sait que la loi de 1898 est venue la consacrer pour les accidents du travail ; la jurisprudence à son tour semble s'engager dans la voie de cette conception que je crois, pour ma part, appelée à gagner chaque jour du terrain sous la pression des nécessités de la vie moderne.

Enfin, parfois, la jurisprudence, a procédé de toutes pièces à des créations nouvelles parmi lesquelles nous pouvons citer la théorie des astreintes et celle de la dot incluse.

Pour vaincre les résistances d'un débiteur récalcitrant la

(1) Josserand, *Responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, et note dans D. 1900.2.289 ; Saleilles, *Accidents du travail*, 1897 et note dans D. 97.1.433.

jurisprudence procède par voie d'intimidation en le condamnant d'avance à une amende de tant par jour de retard. Cette amende est généralement exagérée à dessein pour amener le débiteur à s'exécuter plus vite. Les applications de ce système sont multiples et rendent de précieux services. Et pourtant que de textes de loi cette théorie des astreintes tourne ou viole manifestement. C'est d'abord l'article 1149 aux termes duquel les dommages-intérêts doivent représenter un dommage réellement souffert par le créancier. Ce sont les articles 1150 et 1151 qui précisent l'étendue possible de ces dommages-intérêts en exigeant qu'ils soient une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. Ce n'est pas tout ; il arrive souvent que le tribunal lorsque le débiteur s'est exécuté, lève la condamnation contre lui prononcée. C'est violer l'article 1351, c'est oublier le principe de la chose jugée. On voit que la jurisprudence a vraiment fait ici œuvre créatrice et que sa théorie, dépourvue de toute attache avec le Code, n'a pu s'implanter qu'en raison de puissants motifs d'utilité sociale.

Il arrive parfois qu'un fonds dotal a été aliéné et que les deniers provenant de l'aliénation n'ont pas été remployés conformément à la loi. En vertu de la subrogation réelle, ils se trouvent soumis aux règles jurisprudentielles sur la dot mobilière. Suivant l'article 1553, les immeubles qui viennent plus tard prendre leur place sont des paraphernaux : biens aliénables sans aucun recours possible de la part de la femme. Mais la jurisprudence, soucieuse de protéger la femme, a créé pour eux une catégorie spéciale. Par

la création de leur théorie de la « dot incluse » les tribunaux ont décidé que les valeurs dotaies conservent dans le fonds qui les représente leur caractère originaire et intangible. Cette théorie ingénieuse a le mérite de maintenir un équilibre parfait entre les deux patrimoines distincts de la femme. Ils peuvent changer dans leur composition, mais non dans leur quotité et valeur.

Les atteintes portées par la jurisprudence à la puissance paternelle constituent encore un exemple frappant de coutume créée par les tribunaux. Le Code, imbu de la tradition romaine, plaçait la puissance paternelle au-dessus de tout contrôle et de toute atteinte. Seul, l'article 335 du Code pénal, frappait de déchéance les parents coupables d'avoir excité ou favorisé *habituellement* la débauche de leurs enfants. A part cela, aucune limitation n'était possible de cette puissance paternelle dont le Code semblait bien avoir fait une institution d'ordre public absolu au-dessus de toute autorité. Imprévoyance que les faits devaient bientôt faire apparaître ! La loi supposait une autorité incapable d'une défaillance ; les faits montraient trop souvent, surtout depuis l'avènement de la grande industrie et le relâchement du lien moral de la famille, l'enfant livré sans défense à la brutalité et à l'immoralité de ses parents. Aussi, en dépit de la loi, la pratique, plus humaine et plus prudente, n'a-t-elle pas hésité à édifier en cette matière tout un système de protection purement coutumier dont la bienfaisante influence n'a pas tardé à se faire sentir. Elle arrache l'enfant aux

mauvais traitements de ses parents (1), elle prend soin de sa santé (2) et va jusqu'à enlever aux parents la garde de l'enfant lorsque sa santé ou sa moralité en souffrent (3). Où sont les textes qui autorisent ces déchéances ? Et pourtant l'œuvre coutumière de la pratique donna des résultats si satisfaisants qu'elle fut consacrée par les lois des 24 juillet 1899 et 5 avril 1898. A M. Laurent qui critiquait cette coutume en disant « qu'il n'y a pas de loi qui permette de prononcer la déchéance de la puissance paternelle en dehors de l'article 335 du Code pénal » (4), nous aurions pu répondre avec le tribunal de Saint-Quentin que « les tribunaux ont puisé dans des motifs de haute moralité et de haute justice le pouvoir de limiter l'exercice d'une autorité dont ils ne pouvaient atteindre le principe » (5).

Citerons-nous encore la théorie jurisprudentielle qui oblige le mari à faire une opposition en règle, avec les frais de procédure à sa charge pour empêcher sa femme de retirer les économies par elle déposées à la caisse d'épargne (6), la théorie de l'abus du droit (7), celle qui tourne la prohibition de l'article 340 du Code civil (8) en voyant dans le fait de la séduction un dommage qui doit être réparé, et tant d'autres (9).

(1) 30 décembre 1811, D. *Répert.*, V^o *Puiss. patern.*, n^o 26.

(2) Caen, 27 juillet 1876, D. 77.1.61.

(3) Cass., 4 avril 1865, S. 65.1.257 ; 27 janvier 1879, D. 79.1.223.

(4) Laurent, *op. cit.*, t. IV, 1878, n^o 291.

(5) Trib. de Saint-Quentin, 27 décembre 1899, S. 91.2.19.

(6) Beauvais, 21 avril 1894, *Journal des caisses d'épargne*, 1894, p. 176.

(7) Josserand, *De l'abus du droit*.

(8) Cass., 25 février 1890, S. 91.1.623.

(9) V. Mornet, *op. cit.*, p. 43 et s.

Qu'on nous permette en dernier lieu de donner un exemple qui à lui seul fera comprendre combien l'interprète peut, à propos d'un même texte, donner ou refuser satisfaction aux besoins les plus légitimes. Je l'emprunte à la brochure de M. de Courcy : *Les veuves des marins disparus*. Avant la loi du 8 juin 1893, quelle était la situation des femmes de marins disparus ? Étaient-elles condamnées à un éternel veuvage, c'est-à-dire la plupart du temps à des unions illégitimes, alors que cependant le décès de leur mari ne faisait aucun doute ? A cette question, M. de Courcy répondait en 1878 : « Il semble qu'il y ait deux Codes civils, dont l'un régit le littoral du Nord et de l'Ouest, depuis Dunkerque jusqu'à Nantes. L'autre est en vigueur au-dessous de Nantes et sur tout le littoral de la Méditerranée. A Nantes même, qui est sur les deux rives de la Loire, on hésite, on applique alternativement les deux Codes civils ». Dans le Midi, en effet, on appliquait à la lettre l'article 115 du Code civil. Les marins disparus étant juridiquement absents, leurs femmes ne peuvent se remarier, le Code n'ayant pas accordé ce droit au conjoint d'un absent. Dans le Nord, au contraire, par une initiative heureuse et hardie, on autorisait le mariage de ces *veuves* qui ne l'étaient pas légalement. Et M. de Courcy conclut : « Quand une loi blesse la notion de la justice et de la morale, offense la conscience du juge, je suis d'avis que la conscience de ce juge a le droit d'éluder et de corriger le texte littéral (1). »

(1) De Courcy, *Les veuves des marins disparus*. Mémoire adressé à M. le ministre de la marine, Paris, 1878.

Avis fort sage et que nous ne pouvons que partager. Ce juge, d'autres l'imiteront, et leurs efforts conscients et réfléchis feront naître une coutume, faite de sagesse et d'équité, qu'on appliquera sans s'inquiéter de savoir ce qu'un législateur centenaire aurait fait en pareil cas. Que l'on compare les résultats de la méthode de M. Laurent et ceux de celle que nous préconisons, et que l'on juge. La coutume est loin d'être morte ; n'eût-elle à remplir que ce rôle de mettre le droit en harmonie avec la vie, en suppléant ou en complétant la loi, ce serait déjà suffisant pour justifier sa fécondité. Ne peut-on pas aller plus loin encore et dire qu'elle peut non seulement préciser ou vivifier la loi, mais encore l'abroger ? Telle est la question que nous devons maintenant examiner.

III

Le problème de l'abrogation des lois par la désuétude est une des plus complexes et plus délicates questions de législation. Il s'agit, avant tout, d'en bien préciser les termes. Un plaideur se présente devant un tribunal en invoquant à l'appui de ses prétentions un texte précis, parfaitement constitutionnel et dont l'existence de fait n'est pas douteuse. Mais ce texte est resté depuis très longtemps sans être appliqué, le dernier usage qui en ait été fait est fort éloigné, ou bien encore il s'est établi, en face de ce texte et à son encontre, un usage contraire constamment suivi. Il s'agit de savoir ce que le juge devra faire dans une situation semblable. Devra-t-il, méconnaissant le non-usage ou

l'usage contraire, appliquer avec rigueur le texte ancien qui n'a pas été formellement abrogé, ou au contraire, s'inspirant des tendances de la pratique, considérer ce texte comme lettre morte et suivre la règle établie contre lui par la coutume ? En d'autres termes nous devons nous demander avec M. Gén^y, quelle puissance nous devons reconnaître à la coutume « en tant que source formelle de droit positif, lorsqu'elle se sera établie ou maintenue à l'encontre d'une loi écrite non positivement abrogée, soit qu'elle constitue un usage contraire à ses dispositions, soit qu'elle consiste en un pur et simple non-usage de celle-ci » (1).

Tel est le problème et la façon dont nous le posons indique à elle seule que, pour le résoudre, nous ne distinguons pas entre l'usage contrariant positivement la loi (*consuetudo abrogatoria*) et la désuétude tendant à l'abolir par sa pure inobservation (*desuetudo*). Les deux aspects de la question sont identiques (2) ; usage contraire et désuétude sont tout un et doivent avoir, à l'encontre de la loi écrite, exactement le même effet. Il s'agit seulement de savoir quel doit être cet effet.

A cette question, la jurisprudence française donne presque à l'unanimité une réponse négative. Elle n'admet pas

(1) Gén^y, *op. cit.*, p. 357. M. Gén^y nous dit qu'il ne parle que d'une coutume échappant au reproche de heurter l'ordre moral ou social. Il développe cette idée (V. p. 351) qui est une conséquence de la théorie romano-canonique de l'irrationalité. Cela va de soi, l'article 6 du Code civil réglemente suffisamment la matière.

(2) Savigny, *Traité de droit romain*, traduction Guénoux, t. I, 1840, p. 189-190. Les auteurs récents négligent même de poser la question d'une distinction possible.

que les lois puissent être abrogées par autre chose que par une loi expressément ou tacitement contraire. Dans tous les exemples que nous citerons plus loin, nous verrons que la jurisprudence s'est toujours montrée réfractaire à l'abrogation des lois par la coutume. « L'usage contraire ne peut prévaloir sur le texte de la loi », dit une des dernières décisions qu'on relève en cette matière (1).

Etant donné les doctrines courantes en France sur le droit coutumier, on peut aisément prévoir l'avis des auteurs sur la question. Et de fait la grande majorité de la doctrine est d'accord avec la jurisprudence pour repousser l'abrogation des lois par la désuétude. Du moment qu'il n'y a pas d'autre source de droit positif que la loi, comment admettre qu'elle puisse être abrogée par autre chose que par une loi, et notamment par la coutume à laquelle on dénie toute force législative ? Nos vieux auteurs, il est vrai, Merlin (2), Toullier (3), Duranton (4), ne mettaient pas en doute la force abrogatoire de l'usage. Mais leur opinion fut de bonne heure condamnée (5). Aussi, voyons-nous Dalloz, dans son *Répertoire*, tout en admettant encore la coutume à l'effet de suppléer ou d'interpréter la loi, repousser fermement la désuétude ou l'usage contraire. C'est également l'avis

(1) Cass., 13 avril 1897, S. 97.1.401.

(2) *Répertoire de jurisprudence*, V^o *Désuétude* ; *Usage*, § II, n^o III ; *Appel*, sect. I, § 5, n^o 4.

(3) *Le droit civil français*, t. I^{er}, 1839, nos 162-163, p. 128-130.

(4) *Cours de Droit français*, t. I^{er}, 1844, nos 107-108, p. 69-70 et t. XIII^e, 1844, p. 30.

(5) Dalloz, *Répert. alphab.*, V^o *Lois*, nos 528-532, et 536 ; *Adde* : *Suppl. au Répert.*, V^o *Lois*, n^o 452.

de MM. Aubry et Rau : « On admettait autrefois, disent-ils, que la loi pouvait être abrogée par un usage contraire, et, d'autre part, qu'elle pouvait tomber en désuétude par le non-usage. Cette théorie, qui se comprend sous une monarchie absolue où la loi n'est que l'expression de la volonté du chef de l'Etat, ainsi que dans un gouvernement démocratique où elle est votée par la généralité des citoyens, est incompatible avec des constitutions qui établissent la division des pouvoirs et qui répartissent entre différentes branches l'exercice de la puissance législative, soumettant à des conditions et à des formes spéciales la préparation et le vote des lois. Elle ne peut donc plus être admise aujourd'hui. La loi n'est susceptible d'être abrogée que par une loi nouvelle (1). » On le voit, les motifs allégués à l'appui de cette opinion sont les mêmes que ceux qui faisaient condamner la coutume elle-même.

Pareille argumentation se retrouve chez M. Demolombe : « La volonté nationale qui fait la loi ne peut se manifester que suivant les conditions et les formes déterminées par la Charte (2). » C'est encore l'argument tiré des lois constitutionnelles, sur lequel on s'appuyait déjà pour refuser à la coutume le rang de source juridique, et dont nous avons précédemment fait justice (3). La même conclusion se retrouve chez presque tous les auteurs contemporains ; il est vrai qu'elle est inspirée surtout par des motifs d'utilité

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, t. 1^{er}, § 29.

(2) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 1^{er}, 1869, p. 35.

(3) V. *suprà*, p. 130 et sq.

pratique. Parmi les quelques auteurs qui admettent l'abrogation par la désuétude, on ne peut guère citer, croyons-nous, que M. Beudant (1) qui, suivant jusqu'au bout son principe qui reconnaît la force créatrice de la coutume, maintient la puissance de l'usage contraire à la loi ou de la désuétude abrogatoire. Il convient d'ajouter également M. Boistel (2) qui admet le non-usage abrogatoire, sauf, bien entendu, à l'encontre des principes généraux du droit. C'est à peine si notre doctrine fait preuve d'un peu plus de libéralité en matière commerciale, et si, tenant compte de l'activité encore très grande de la coutume dans la vie du commerce, elle consent, avec maintes réserves, à reconnaître son efficacité à l'encontre de la loi écrite (3).

M. Gény lui-même, dont les idées sur la coutume sont pourtant singulièrement plus larges que celles qui ont cours généralement, ne peut se résoudre à admettre la force abrogatoire de la coutume. A vrai dire, il hésite longuement avant de donner son opinion. « D'un côté, en effet, dit-il, non seulement elle (la théorie de la désuétude) s'impose logiquement par pure déduction du principe (que la coutume a la même valeur que la loi) ; mais, de plus, elle paraît répondre à des nécessités de fait incontestables, qui condamnent toute législation détruite par la force irrésistible de l'usage. D'un autre côté, cependant, n'apparaît-il pas comme très dangereux, pour la puissance suprême qu'il

(1) Beudant, *op. cit.*, Introduction, p. III.

(2) Boistel, dans *Revue générale du Droit*, 1879, p. 161-186.

(3) Boistel, *Cours de Droit commercial*, n° 22, 3^e, 1890, p. 15-16 ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, I^{er}, p. 84.

importe de maintenir à la loi écrite, de faire prévaloir sur elle l'usage qui s'est mis en révolte contre ses dispositions ? Et n'y aurait-il pas, comme une sorte de contre-sens social, à laisser dominer, par la force inconsciente et inorganisée de la coutume, la puissance réfléchie et régulière de la loi (?) (1). » Mais ses hésitations disparaissent devant les nécessités d'ordre politique et social ; ce sont ces nécessités qui le poussent à refuser à la coutume le pouvoir d'abroger la loi. « Aujourd'hui, dit-il, du point de vue politique, il est incontestable que la loi écrite est tenue pour la règle suprême, devant prévaloir, de par son caractère précis et régulier, sur les manifestations incertaines, souvent incohérentes ou mal déterminées, à tout le moins inorganisées, de l'usage. Et, du point de vue social, si nous envisageons les idées régnantes autour de nous, nous n'échapperons pas à cette constatation, qu'elles attribuent très nettement, à la loi écrite sur la coutume, une suprématie décidée (2). » Toutefois M. GénY admet l'abrogation par désuétude pour les lois commerciales, la loi n'ayant pas pris, en ces matières, le pas sur la coutume d'une façon aussi nette qu'en matière civile. Ainsi donc, la majorité de notre doctrine contemporaine se montre hostile à la coutume abrogatoire.

Avant de prendre parti sur une question aussi délicate, recherchons, en deux mots, si elle ne rencontre aucun élément impératif de solution dans nos textes législatifs en vigueur ou dans les documents qui les éclairent. C'est une

(1) GénY, *op. cit.*, p. 343.

(2) GénY, *op. cit.*, p. 358.

opinion absolument courante en Allemagne (1), que nos lois de codification — et notamment, pour les matières civiles, la loi du 30 ventôse an XII (art. 7) — n'auraient autorisé pour l'avenir que les coutumes expressément visées par les textes et auraient, à *fortiori*, condamné d'avance toute coutume qui se formerait à l'encontre de la loi nouvelle. Cette manière de voir n'est pas celle de nos juristes. L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII ne vise assurément — une simple lecture du texte suffit pour s'en convaincre — que les coutumes antérieures au Code civil. Les rédacteurs du Code n'ont jamais eu l'intention d'étendre ce texte aux coutumes nouvelles qui viendraient à se former dans la suite. Bien au contraire ils paraissent avoir été convaincus de la nécessité de reconnaître la coutume même contraire à la loi. La preuve en est dans ce passage décisif du Discours préliminaire de Portalis : « Les lois conservent leur effet, tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois *ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude*. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût été peut-être dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'influence et l'utilité de ce concert indélébile, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même (2). » Il est vrai que la dis-

(1) Voy. notamment, Savigny, *Traité de droit romain*, trad. Guénoux, t. I, 1840, p. 193.

(2) Fenet, t. I, p. 479.

parition presque entière du livre préliminaire ne permet pas de saisir, dans sa pleine clarté, la pensée dernière des rédacteurs sur la question. On peut dire tout au moins qu'aucun texte n'a été inséré dans le Code, qui vint contredire les vues de la commission. Et il suffit de lire la discussion de la loi du 30 ventôse an XII pour se convaincre qu'elle ne concerne que les coutumes du passé, et qu'elle est tout à fait étrangère aux coutumes se formant ou se maintenant dans l'avenir, à la suite du Code (1). Concluons-nous de là que nos lois ont autorisé tacitement leur propre abrogation par la coutume ? Pas du tout. Ce serait faire dire au législateur ce qu'il n'a pas dit, ce serait vouloir rechercher son intention probable, et l'on sait que nous répugnons à une pareille méthode d'interprétation. Nous concluons plus simplement que le problème qui nous occupe n'a fait, en France, l'objet d'aucune décision législative, et que, dans le silence des textes, il peut et doit être résolu avec une pleine et entière liberté.

C'est en partant de ce principe, que j'estime qu'en droit comme en fait, il est aussi juridique que juste d'admettre qu'une loi peut être abrogée par le non-usage ou par un usage contraire. M'étant fait de la coutume une idée aussi large, aussi compréhensive que possible, j'avoue, sans hésitation, mon parti pris de lui faire jouer un rôle très étendu dans notre état social actuel, et mon désir de la

(1) Fenet, t. I, *Pièces historiques*, p. lxxx-cxviiij et notamment p. xcij.

justifier même quand elle se trouve en opposition avec une disposition du droit écrit.

En fait d'abord, la solution que nous proposons est parfaitement fondée. Il y a une foule de lois qui n'ont jamais été abrogées d'une façon formelle et qui pourtant ne sont plus appliquées. Il y a aussi une foule d'usages qui se sont formés en dehors de la loi, contre la loi, malgré la loi, et auxquels tout le monde souscrit et se soumet. Les exemples abondent. M. Beudant cite une loi du 29 nivôse an XIII (19 janvier 1805) qui, pour honorer la paternité, décidait que, dans chaque famille ayant sept enfants vivants, l'un d'eux serait élevé aux frais de l'Etat. Ce texte sommeillait depuis sa naissance lorsqu'il fut soulevé devant la Chambre des députés à la séance du 30 juin 1885 pour en demander l'application. Le ministre de l'instruction publique à qui on reprochait de ne pas l'avoir appliquée et qui manquait de crédits pour le faire, ne manqua pas d'invoquer qu'elle était abrogée par désuétude. Un vote eut lieu, l'opinion du ministre fut traitée d'hérésie et on inscrivit au budget un crédit pour assurer l'application de la loi. Elle ne fut d'ailleurs pas plus appliquée après qu'avant et pourtant aucune loi n'est venue l'abroger depuis. M. Beudant cite encore une ordonnance de 1634 qui défend de « pétuner (fumer du tabac), soleil couché, sous peine d'être callé trois fois et battu de tout l'équipage » (1). Bien que cette ordonnance n'ait jamais été abrogée qui donc oserait en réclamer l'application ?

(1) Beudant, *op. cit.*, Introduction, 1896, p. 111-113.

En 1872, un incident se produisit à l'Assemblée Nationale sur le point de savoir si le Code civil devait être appelé de ce nom, ou continuer d'être appelé Code Napoléon par application du décret de 1852 qui n'a jamais été abrogé. La proposition présentée pour changer le nom du Code fut repoussée comme inutile, à raison de ce que l'usage contraire s'était établi. Donc l'usage a été regardé, en cette circonstance, comme suffisant pour abroger la loi (1).

Voici un exemple des plus connus parmi ceux que nous fournit la pratique judiciaire. En 1881, devant le conseil des prud'hommes de Paris, section des métaux, on vint exhumer deux textes fort anciens : le décret du 2 mars 1848 et l'arrêté du 21 mars 1848, aux termes desquels le marchandage était interdit sous peine d'une amende qui, en cas de récidive, se transformait en une peine de un à six mois de prison. Ces textes, complètement ignorés de la pratique, dormaient oubliés et n'avaient jamais été observés. Le marchandage se pratiquait d'une façon constante, surtout dans l'industrie du bâtiment, et personne n'avait jamais réclamé. Ce n'est qu'en 1881 qu'on s'avisa d'invoquer ces textes, et le fait s'étant reproduit, on s'aperçut des conséquences fâcheuses qu'entraînait leur application. « C'était interdire complètement l'usage d'un contrat qui, malgré les vives critiques qu'il a soulevées, présente une sérieuse utilité économique et sociale, qui permet à l'ouvrier laborieux et intelligent de faire un premier pas vers

(1) *Journal officiel* du 19 mai 1872, p. 3351.

le patronat » (1). Or le marchandage, prohibé par ces textes, avait été pratiqué pendant plus de trente ans sans opposition. Ne pouvait-on, dès lors, les considérer comme abrogés par l'usage contraire ? Nous croyons que cela eût été très légitime. Il est vrai que la jurisprudence, rebelle, nous l'avons vu, à l'abrogation par désuétude, fut unanime à déclarer que ces textes étaient toujours en vigueur, attendu, dit la Cour d'Orléans, que « seuls eussent pu abroger les décrets une loi ou un décret nouveaux » (2). D'ailleurs tout en posant ce principe la jurisprudence a trouvé le moyen de parer aux inconvénients de ces textes en les interprétant, c'est-à-dire en les éludant par une interprétation plus ou moins juste mais qui remplissait le but à atteindre (3). Pourquoi ne pas déclarer tout simplement et sans tant de détours que ces décrets étaient tombés en désuétude ?

Autre exemple assez curieux. L'article 16 de la loi du 21 germinal an XI exige que tout aspirant pharmacien prête le serment d'exercer son art avec probité et fidélité. Ce texte n'a jamais été abrogé. Or depuis longtemps ce serment n'est plus imposé, en sorte que l'Administration qui inscrit le pharmacien sur la liste générale dressée et publiée conformément à la circulaire du 11 février 1861, viole la loi de l'an XI, si elle n'est pas abrogée par désuétude.

(1) Mornet, *op. cit.*, p. 103.

(2) Orléans, 11 juillet 1899, S. 99.1.241. *Adde* en ce sens : Trib. corr. de la Seine, 9 avril 1897, *Le Droit* du 10 avril 1897.

(3) Voy. la thèse de M. Brodu, *Du marchandage*, Paris, 1898, p. 72-77.

Un exemple bien caractéristique est celui de l'abrogation par non-usage de la loi du 30 ventôse an XII sur le notariat. Cette loi voulait que les actes notariés fussent reçus par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins. Pendant près de quarante ans cette disposition est restée lettre morte : tous les actes ont été rédigés sans la présence effective du notaire en second ou des deux témoins dont on se contentait, après coup, de requérir la signature. La jurisprudence ici encore se montra hostile à la coutume. Si quelques tribunaux décidèrent que l'usage avait ici remplacé la loi (1), la grande majorité appliqua impitoyablement cette loi que les faits avaient condamnée, et annula les actes ainsi passés conformément à la coutume, contrairement à la loi (2). Et pourtant l'usage avait si bien abrogé en fait la loi que le législateur intervint, ratifiant pour le passé tout ce qui avait été fait, et consacrant législativement la coutume pour l'avenir, sauf à l'égard de quelques actes très importants (Loi du 21 juin 1843).

Je pourrais multiplier mes exemples. A côté des lois et des décrets, il y a les arrêtés et règlements innombrables édictés chaque jour par l'Administration. Nombreux sont ceux qui n'ont jamais été abrogés ni expressément ni tacite-

(1) Cass., 6 août 1833, S. 33.1.625 ; Bourges, 23 mai 1840, D. 41.2.97. — Cet arrêt déclare « qu'il est permis aux magistrats, qu'il est même de leur devoir de prendre en considération le trouble que pourrait jeter dans les familles la proclamation d'un système qui ouvrirait la porte à la mauvaise foi et entraînerait la mise à néant d'une multitude de conventions contractées sur la foi d'une interprétation aussi généralement admise. »

(2) Cass., 25 janvier et 16 novembre 1841, S. 41.1.105.

ment, et au nom desquels de multiples contraventions pourraient être dressées à la grande surprise des délinquants. Citerai-je encore les nombreux exemples fournis par M. Gény, entre autres la pratique des *obligations à prime* nonobstant l'obstacle très sérieux que soulève contre cette pratique la loi du 21 mai 1836, prohibitive des loteries ; l'opinion qui présume la solidarité, dans les engagements commerciaux, contrairement à la règle générale de l'article 1202 du Code civil ; et enfin la pratique en vertu de laquelle l'administration des postes n'hésite pas à payer aux femmes mariées les mandats postaux à leur nom, sur leur simple quittance, sans aucune autorisation du mari, et cela contrairement aux articles 217 et 225 du Code civil établissant l'incapacité de la femme mariée. Tous ces exemples, et bien d'autres encore, prouvent qu'il est légitime de prétendre, qu'en fait, une loi peut être abrogée par la coutume.

Allant plus loin, nous dirons qu'en thèse, l'abrogation des lois par la désuétude est à la fois très soutenable et très juste. Puisque nous avons fait de la coutume une source formelle de droit positif qui s'impose à l'interprète avec la même autorité que la loi, puisque nous lui avons reconnu une valeur propre, indépendante de la volonté du législateur, les solutions qu'elle fournit doivent, théoriquement tout au moins, s'imposer à l'égal de celles du droit écrit. Pourquoi dès lors n'aurait-elle pas le droit d'abroger la loi ? Pourquoi donc, puisqu'une loi nouvelle a le pouvoir d'abroger une loi antérieure, la coutume ne jouirait-elle pas de la

même faculté ? C'est ce qu'admettent M. Demante (1) et notamment M. Beudant : « Pourquoi, dit-il, si la coutume tient lieu de loi à l'effet d'introduire une règle obligatoire, ne suffirait-elle pas à la remplacer pour abroger pareille règle ? Le pouvoir législatif, c'est la souveraineté populaire légiférant soit par elle-même, soit par ses mandataires ; par elle-même, elle crée la coutume, par ses mandataires elle fait la loi écrite. La coutume et la loi écrite ont donc la même valeur, et on peut soutenir théoriquement l'aptitude de la coutume à abroger les lois (2). » Encore que nous devions renouveler les réserves que nous avons déjà faites sur la façon dont M. Beudant comprend la production de la coutume, nous ne pouvons qu'adopter cette argumentation et conclure qu'au point de vue rationnel rien ne s'oppose à l'abrogation des lois par la désuétude, qu'au contraire la thèse que nous défendons paraît bien commandée par la logique des principes. C'est ce qui occasionne notre étonnement de voir M. Gény, toujours si logique dans ses déductions, reculer devant la solution que nous proposons, après avoir admis pourtant la force obligatoire de la coutume au même titre que la loi. M. Gény, il est vrai, fonde son opinion sur des considérations de fait ; il craint que la loi, qui dans notre état politique actuel est la règle suprême, ne souffre de ce trop large pouvoir accordé à la coutume ; il a peur, en un mot, de nuire à la sécurité des relations juridi-

(1) Demante, *Cours analytique du Code civil*, Paris, 1881, t. I, Introduction, n° 20, p. 11.

(2) Beudant, *op. cit.*, Introduction, n° 103, p. 111.

ques en opposant à la loi « un droit coutumier, toujours équivoque par sa source, et d'une portée souvent douteuse ». Nous reconnaissons volontiers, qu'en une telle matière, les arguments théoriques sont fort insuffisants, et qu'il peut y avoir des motifs sociaux suffisamment puissants pour faire écarter notre opinion. Nous devons donc, pour justifier pleinement notre thèse, la porter sur le terrain de la réalité, et la soumettre à l'épreuve de l'utilité pratique.

C'est sur ce terrain que se place M. Planiol pour critiquer notre solution. « Un *décret* ou une *loi*, dit-il (2), subsiste indéfiniment tant que ses dispositions n'ont pas été régulièrement abrogées et on peut toujours y revenir pour en ordonner l'exécution. L'usage, même plus sensé et plus juste que la loi, est sans force contre elle, parce qu'il est *irrégulier*. Dans un pays où il existe un pouvoir législatif régulièrement organisé et toujours prêt à fonctionner, le maintien indéfini des lois n'a pas d'inconvénients, puisqu'elles peuvent à tout moment être rapportées. La solution contraire serait dangereuse *parce qu'on ne saurait jamais à quel moment l'inexécution d'une loi est assez prolongée pour la détruire*. » Toute la question est de savoir quand la coutume est suffisamment établie pour faire échec à la loi. Or nous avons vu que si la naissance de la coutume est entourée d'une période d'incertitude fatale, il vient vite un moment où on ne peut plus la mettre en doute. Est-il donc besoin, dans les relations sociales, toujours mobiles et variables, d'une précision mathématique ?

(1) Planiol, *op. cit.*, t. I³, n^o 231, p. 93.

M. Demolombe est plus sévère encore que M. Planiol : « Ce système, dit-il, nous paraît dangereux parce qu'il ébranle l'autorité des lois, parce qu'il engendre l'incertitude, l'*arbitraire*, le désordre dans les relations sociales. *Par quels signes et à quel moment les citoyens sauront-ils si la loi est ou n'est pas abrogée par l'usage?* Que faire si parmi les cours et les tribunaux les uns appliquent l'usage et les autres la loi ? » Et faisant allusion à l'exemple de la présence du notaire en second pour la rédaction des actes, exigée par la loi du 30 ventôse an XII, il dit : « Les inquiétudes si vives, si universelles, qui ont rendu la loi de 1843 nécessaire, ne sont-elles pas la preuve flagrante de tous les dangers que je signale dans ce mode d'abrogation (1) ? » Etrange et singulier argument, en vérité ! Depuis plus de quarante ans, au contraire, les particuliers ne vivaient-ils pas dans la sécurité la plus absolue, dans la certitude la plus complète de la validité des actes qu'ils avaient passés conformément à l'usage, quelque contraire qu'il fût à la loi. C'est la jurisprudence qui, manquant ici à sa tâche, est venue semer l'inquiétude, en refusant de reconnaître l'usage établi, et en voulant ressusciter une loi que les faits avaient condamnée. C'est elle qui jeta le trouble et provoqua l'intervention du législateur de 1843. Si la Cour de cassation avait voulu suivre la Cour de Bourges dans sa théorie de la désuétude, on aurait continué à vivre sans inquiétude sous l'empire de la coutume, et le besoin d'une loi ne se serait pas fait sentir.

(1) Demolombe, *op. cit.*, p. 36, 37.

Assurément on pourra nous dire qu'avec un organisme constitutionnel tel que le nôtre, rien n'est plus facile que d'obtenir du législateur l'abrogation d'une loi qui ne correspond plus aux besoins de la pratique. Le pouvoir législatif, n'est-il pas chez nous « toujours prêt à fonctionner », selon le mot de M. Planiol. Et s'il s'endort, n'avons-nous pas pour le réveiller le droit de pétition qui appartient à chaque citoyen français ? Cette idée d'une législation incessamment active, et, comme telle, suffisante à tout, fut le rêve du XVIII^e siècle et que le XIX^e semblait devoir réaliser absolument. Mais les divers expédients, destinés à tenir en haleine l'activité législative, sont restés à peu près stériles, et aujourd'hui, en fait de lois, il ne faut compter que sur l'initiative gouvernementale ou parlementaire. C'est pourquoi j'ai peu confiance dans le remède qu'on nous propose. La machine parlementaire est faite d'engrenages compliqués, et lourde à mettre en marche. L'expérience est là pour montrer que si, en matière politique, nos législateurs font preuve parfois d'une trop grande rapidité, ils ont trop souvent donné, lorsqu'il s'agissait de matières de pur droit privé, des exemples de lenteur, quelquefois même de mauvais vouloir. Si le législateur réalise les réformes à leur heure, rien de mieux. Mais vraiment, il serait imprudent de se fier à lui pour suffire à tout. L'impuissance législative n'est un mystère pour personne, et le danger reste entier de voir subsister malgré leur contradiction avec l'utilité sociale, des lois absolument surannées.

Je sais bien qu'au-dessus de la puissance du législa-

teur et des tribunaux il y a, dans nos civilisations modernes, quelque chose d'infiniment supérieur et de beaucoup plus impérieux ; l'opinion publique sous la poussée de laquelle le législateur finira toujours par intervenir tôt ou tard. Mais en attendant ? Est-ce que des intérêts, dignes de toute protection, ne seront pas systématiquement sacrifiés ? Est-ce que ceux qui se sont fiés à l'usage, ignorant même souvent s'il s'agissait d'un usage ou d'une loi, qui, confiants dans les conseils de leurs hommes d'affaires, vivent dans une sécurité parfaite, convaincus de la régularité des actes par eux passés, ne seront pas sans cesse exposés à se voir troubler dans leur quiétude par la résurrection inattendue de quelque texte de loi fossile, dont personne n'avait cure ? M. Planiol, qui pourtant n'admet pas notre thèse, semble bien convenir lui-même de ces inconvénients : « Sur beaucoup de points, dit-il, nos lois actuelles ne sont plus que des vieilleries. Que sera-ce quand plusieurs siècles auront passé ? Seule, la vigilance d'une presse toujours en éveil et l'existence d'un pouvoir législatif en activité permanente permettent d'atténuer ces inconvénients. Une réfection périodique ou du moins renouvelée de temps en temps au moment opportun, dispenserait de ressusciter l'abrogation des lois par la désuétude. Mais le maintien et la justification du système sont à ce prix (1). »

La réfection périodique proposée par M. Planiol n'a pas eu lieu et n'aura pas lieu avant longtemps. Et c'est peut-

(1) Grande Encyclopédie, V° *Désuétude*.

être tant mieux ! Je ne suis pas partisan de l'ingérence continuelle du législateur dans les matières de droit privé. Les procédés que nos Parlements emploient à l'heure actuelle pour la préparation et le vote des lois sont si défectueux que, pour ma part, je ne vois jamais le législateur se mettre à l'œuvre sans me demander avec anxiété quel sera le résultat de ce travail hâtif, accompli par des hommes dont la compétence est souvent douteuse. Ces idées ont été exposées par nombre de nos théoriciens de la science politique. Aussi bien n'est-ce pas le lieu de les discuter ici. Au surplus l'opinion publique forcera toujours le législateur à revenir sur une loi qui, si elle est mal faite, ne résistera pas à l'épreuve de l'application pratique. Mais, nous l'avons dit, ce sera généralement très long. Et je vois un moyen beaucoup plus simple pour assurer la sécurité des relations juridiques et maintenir la stabilité dans le droit ; c'est de déclarer purement et simplement que la loi que les faits ont condamnée est abrogée par désuétude ; c'est de laisser agir ceux qui ont mission de mettre le droit en conformité avec les besoins sociaux, et qui, si la loi ne donne pas ce qu'on est en droit d'attendre d'elle, sauront trouver des pratiques plus équitables et plus utiles pour la remplacer. Ne voyant pas dans la coutume, comme M. Gény, une « force inconsciente et inorganisée », « toujours équivoque par sa source », nous ne craignons pas comme lui qu'elle prenne le pas sur la loi écrite. Œuvre raisonnée et réfléchie des artisans du droit la coutume saura distinguer avec sûreté les lois qu'on doit appliquer et celles qu'on doit oublier. Dans cette aboli-

tion lente, incessante et fatale des lois par le temps, la coutume sera entre les mains de l'interprète l'instrument qui, faisant justice des lois qui ne correspondent pas à des besoins réels, saura conserver précieusement celles qui répondront vraiment aux nécessités sociales, et qui contiendront en elles des germes de justice suffisant pour assurer à chacun l'équitable répartition de ce qui lui est dû.

Reste l'objection, en apparence la plus redoutable. On nous reproche d'introduire l'arbitraire dans le droit. Avec un pareil système, nous dit-on, on ne saura « jamais à quel moment l'inexécution d'une loi est assez prolongée pour la détruire ». Nous avons répondu qu'il en était de la durée de la désuétude comme de la naissance de la coutume, qu'il y avait forcément de l'incertitude en ces matières. Il est évidemment aussi impossible d'établir un délai préfix, passé lequel la loi sera réputée abrogée, que de fixer un moment *précis* à partir duquel la coutume sera juridiquement obligatoire. Si bien que nous sommes forcés de reconnaître aux tribunaux chargés de résoudre les litiges un pouvoir souverain aussi bien pour reconnaître la force d'une coutume que pour déclarer que la loi est abrogée par désuétude. Et ainsi, voilà les tribunaux maîtres de la loi, voilà les plaideurs abandonnés à la discrétion du juge qui pourra, à son gré, appliquer la loi ou l'écarter. N'est-ce pas le règne de l'arbitraire le plus absolu ? A la solution impersonnelle et impartiale de la loi ne substituons-nous pas la solution capricieuse et faillible émanée d'une conscience individuelle ? Et l'on nous rappelle la parole de Montesquieu : « Il n'y a

point de liberté si la puissance de juger n'est séparée de la puissance législative et de l'exécutive... » (1)

Le reproche qu'on nous fait pourrait tout aussi bien s'appliquer à la méthode traditionnelle. Il y a tout autant, sinon plus, d'arbitraire dans le système qui, par une étrange illusion, s' imagine trouver dans une étroite interprétation des textes légaux, étayée des raisonnements d'une logique abstraite, une base vraiment ferme de solutions juridiques. Et comme le dit M. Gény (2) : « En réalité, dès qu'on excède la pensée concrète du législateur, *on ne trouve plus, dans la loi, que ce que l'on veut y mettre*, et les procédés classiques ne donnent qu'une sûreté apparente à l'élaboration juridique. Parlons net. De quelque façon que l'on s'y prenne, on n'arrivera pas, en présence de sources formelles insuffisantes, ou s'adaptant inégalement aux faits, à ravir toute influence à l'appréciation subjective du juge. Ne vaut-il pas mieux, dès lors, chercher à limiter celle-ci par des éléments objectifs, tirés de la réalité des choses, plutôt que de dénaturer la plus sûre de nos sources formelles, la loi écrite, pour lui arracher par force des préceptes qu'elle ne saurait contenir, ou d'abuser de la logique pour la substituer indûment à l'enseignement de la vie même ? » Ces « éléments objectifs, tirés de la réalité des choses » qu'est-ce autre chose que la coutume.

Au surplus le danger qu'on paraît redouter me semble chimérique. Il ne faut pas oublier, en effet, que nous avons

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, chap. vi.

(2) Gény, *op. cit.*, p. 583.

en France, une hiérarchie judiciaire savamment organisée, au dessus de laquelle plane toujours le contrôle de la Cour de cassation, gardienne vigilante du droit et de la sécurité des relations juridiques. Il y a fort peu de chance qu'un tribunal consacre une décision arbitraire, convaincu d'avance du sort réservé à sa sentence. Pour qu'un juge ose s'insurger contre la loi il faudra vraiment qu'il y soit poussé par des nécessités sociales bien pressantes ou qu'il trouve à côté ou en face de la loi une coutume bien fixée et répondant à des besoins impérieux. Et encore sa décision sera-t-elle soumise à appel, peut-être à la Cour de cassation, les motifs dont il s'est inspiré seront à nouveau examinés et appréciés et finalement le dernier mot sera dit par la Cour suprême. Si elle reconnaît qu'il y a des motifs pour ne pas appliquer la loi, si elle reconnaît notamment que cette loi est abrogée par un usage constamment suivi en pratique, pourquoi ne s'inclinerait-on pas ? Pourquoi hésiterait-on à reconnaître que quelque chose de nouveau s'est produit, qu'à côté ou à la place de la règle ancienne une règle nouvelle a pris naissance, et que son observation est parfaitement légitime. Le plus souvent cette règle nouvelle sera l'œuvre de la pratique, souvent aussi elle aura pris naissance dans des décisions judiciaires. Si personne ne réclame, rien de mieux. Mais si quelqu'un, ne voulant pas se plier à cette coutume, se plaint de son introduction et que la Cour de cassation lui donne tort, pourquoi ne pas se soumettre ? Craint-on encore l'arbitraire de la Cour suprême, composée de magistrats inamovibles et présentant toutes

les garanties de compétence désirables ? Qu'on veuille bien alors se souvenir de cette parole profondément vraie de Portalis : « On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable » (1). Nous ajouterons volontiers : et souvent incompetent.

On le voit, nous accordons à la Cour de cassation un suprême pouvoir régulateur. Ce rôle nous le lui reconnaissons à l'égard de la coutume comme à l'égard de la loi écrite. C'est en vertu de ce principe que je n'hésite pas à dire que la violation d'une coutume peut donner ouverture à cassation. Cette opinion n'est pas, je le sais, celle de notre jurisprudence ni de la majorité de nos auteurs, encore qu'une tendance récente semble bien accorder à la Cour suprême le droit de contrôler l'existence de la coutume (2). D'après la doctrine courante la violation d'une coutume, sauf le cas où la loi y a formellement renvoyé ne donnerait pas ouverture à cassation, non seulement en ce sens que la Cour suprême ne saurait, pour rester fidèle à sa mission, vérifier les éléments de fait de la coutume, mais plus encore en ce sens que, l'existence de l'usage ayant été reconnue ou déniée par les juges du fond, elle ne saurait critiquer leur décision pour avoir omis d'appliquer ou faussement appliqué la coutume.

(1) Fenet, t. VII, p. 35.

(2) Voy notamment, Cass. req., 18 février 1884, S. 85.1.205 ; Cass. civ., 29 juillet 1889, S. 89.1.377.

J'estime, pour ma part, avec M. Géný qu'il y a lieu de soumettre l'application de la coutume au contrôle régulateur de la Cour de cassation « par cette raison, à mes yeux péremptoire, qu'il y a là un élément essentiel de notre organisation juridique, dont la mise en œuvre intéresse au plus haut point la sûreté d'application du droit » (1). Puisque la coutume est une source obligatoire au même titre que la loi, je ne vois pas en vertu de quelle bizarre exception, son application échapperait au contrôle de la Cour de cassation qui, instituée pour faire observer la loi, doit par là même faire observer la coutume. Je crois même que la Cour suprême a le droit de vérifier l'existence ou le défaut d'une coutume contestée. Les règles coutumières sont des règles de droit ; leur connaissance demande un examen des faits plus complexe que la critique d'un texte de loi écrite, c'est vrai. Mais je n'ai vu nulle part que ce soit une obligation absolue pour la Cour de cassation de se soustraire toujours à l'examen des faits ; et il faut bien que ceux dont la mission est de veiller à l'application du droit constatent, en cas de doute, l'existence de ce droit, si minutieux qu'en doive être le diagnostic. En un mot, de même que la Cour suprême « pourrait avoir à constater une loi alléguée devant elle, dont l'existence ou le texte serait mis en doute, de même il lui incombe nécessairement de constater les éléments d'une coutume contestée » (2). L'importance du rôle que nous attribuons à la Cour de cassation doit nous rassurer sur le

(1) Géný, *op. cit.*, p. 562.

(2) Géný, *op. cit.*, p. 563.

péril de l'arbitraire dont on semblait vouloir nous effrayer. Pour un danger hypothétique ne renonçons pas aux avantages et à la fécondité de notre solution.

Je pense avoir suffisamment montré que ni en fait ni en droit l'abrogation des lois par la coutume ne rencontre d'obstacle qui doive la faire écarter. Je crois même, pour ma part, qu'elle est la seule qui soit logique, et qui puisse donner satisfaction à la sûreté des relations juridiques et aux nécessités sociales de notre époque. J'estime que chaque fois qu'une loi ne sera plus observée depuis longtemps, qu'elle ne correspondra plus aux besoins du moment, qu'il se sera formé à son encontre un usage constant, il faudra la considérer comme une chose morte, anéantie pour n'avoir pu satisfaire aux exigences inéluctables de la loi de l'adaptation au milieu, abrogée par une coutume contraire, créée par la nécessité, pour répondre aux desiderata des particuliers et aux besoins de la vie. Ces idées, qui jadis eussent passé pour révolutionnaires, tendent à s'acclimater de nos jours, et je souhaite qu'elles aillent s'affirmer de jour en jour, convaincu que je suis qu'elles seules pourront introduire dans le droit plus de justice et de vérité. La jurisprudence d'ailleurs marche dans cette voie, bien qu'elle se défende d'en rien faire. Combien de textes l'on pourrait citer qu'elle a abrogés en établissant peu à peu un usage contraire. C'est le cas de l'article 298 du Code civil, défendant à l'époux adultère d'épouser son complice. Depuis longtemps les tribunaux avaient pris l'habitude d'omettre dans leurs jugements le nom du complice, si bien

que le mariage était facile. Et c'est pourquoi le législateur est venu abroger en 1904 ce texte qui l'était depuis longtemps en pratique.

C'est le cas encore de l'article 331, en ce qui concerne les enfants incestueux. La loi en prohibe formellement la légitimation, et pourtant une jurisprudence très ferme, basée sur des considérations de morale et d'humanité, l'admet (1). C'est le cas aussi de l'article 340, interdisant la recherche de la paternité, et devenu vraiment lettre morte depuis qu'une jurisprudence constante a pris l'habitude de considérer la séduction de la femme comme un dommage dont l'auteur doit réparation et de reconnaître comme valable l'engagement pris par le père, dans une lettre par exemple, de pourvoir aux besoins de l'enfant. Après cela que reste-t-il du texte ? Une formule vide de sens et pas autre chose. Comme il serait plus simple et plus vrai de s'affranchir du poids de ces textes condamnés, qu'on traîne au pied comme un boulet, sans attendre l'intervention d'un législateur qui hélas ! a bien autre chose à faire. N'a-t-on pas vu le président Magnaud, devant qui comparaisait une femme poursuivie pour adultère, déclarer « que le devoir du juge est de laisser tomber en désuétude jusqu'à son abrogation inévitable une loi si partielle et d'un autre âge » (1). Où serait le mal à ce que cet exemple soit suivi quand il mérite vraiment de l'être ?

(1) Cass , 22 janvier 1867, D. 67.1.5 ; Cass., 27 janvier 1874, D. 74.1.216.

(2) Jugement du 6 février 1903. H. Leyret, *Les nouveaux jugements du président Magnaud*, p. 82.

En somme c'est un peu pour l'honneur des principes qu'on soutient l'impuissance de la coutume à abroger la loi écrite. La force des choses prévaut contre cette idée. Toute chose humaine qui n'a pas son utilité, qui ne joue pas un rôle dans la lutte de chaque jour est fatalement emportée par une force irrésistible. Les lois ne font pas exception et la désuétude les emporte, au moins les lois de circonstance. Concluons donc avec un de nos vieux auteurs, dont les paroles sont toujours vraies : « Lorsque le souverain porte une loi, son intention est bien qu'elle soit exécutée à perpétuité, mais comme les lois sont pour les hommes et non les hommes pour les lois, quand cette loi ne peut plus s'accorder avec les mœurs actuelles, il faut nécessairement qu'elle tombe en désuétude » (1).

(1) Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1784-1785, v^o *Abrogation*

CONCLUSION

Nous avons vu que la loi écrite est manifestement impuissante à tout prévoir et à tout réglementer, qu'étant une œuvre humaine elle est forcément incomplète, et que l'interprète vraiment soucieux des intérêts de la justice doit aller chercher dans la coutume ce qui n'est pas ou ce qui n'est plus dans la loi. Nous avons examiné soigneusement le concept de la coutume, et, en nous plaçant sur le terrain des faits, nous nous sommes efforcé d'en dégager une notion qui corresponde aussi exactement que possible à la façon dont elle fonctionne. Nous avons vu enfin que son rôle, capital pendant tout le cours de notre histoire nationale, est loin d'être terminé aujourd'hui, et que malgré l'état de codification qui nous régit elle conserve encore une place importante à l'effet soit de compléter ou suppléer, soit d'interpréter, soit même d'abroger la loi écrite. C'est cette place que nous voudrions préciser rapidement en de brèves conclusions. Après avoir reconnu l'importance de la coutume, nous voudrions nous demander quelle place exacte elle occupe parmi les autres sources du droit privé positif, en un mot la situer entre la loi et la doctrine et examiner la part qui, à notre avis, devrait revenir à chacun de ces facteurs juridiques dans l'étroite collaboration qu'ils apportent à l'élaboration du droit.

L'école traditionnelle, celle qui pousse le respect de la loi jusqu'à lui faire dire ce qu'elle n'a pas dit de peur de la trouver muette, celle que nous avons rencontrée à chaque pas dans le cours de cette étude, ne reconnaît qu'à la loi seule le pouvoir de créer le droit. « Le législateur, dit M. Roguin (1), doit embrasser dans son œuvre tout le terrain où il sait qu'il y a des contestations et s'efforcer de résoudre clairement toutes les hésitations. S'il ne le fait pas, comme les tribunaux sont obligés de juger, ils seront forcés de faire eux-mêmes la loi, ce qui est une anomalie ou un trouble dangereux. » Dès qu'une question nouvelle se présente, dès que les transformations économiques et sociales font surgir de nouveaux problèmes juridiques, vite il faut qu'une loi nouvelle intervienne pour régler ce nouvel état de choses et faire rentrer dans sa formule les créations spontanées de la vie. Ces tendances paraissent bien être celles de la législation actuelle. Si les lois touchant au droit privé sont en minorité parmi celles promulguées par le législateur moderne, on peut du moins saisir dans les matières où il intervient l'ardent désir de tout régler avec une extrême minutie. « La loi moderne, dit M. Charles Robert, ne se contente plus d'être tout et d'être partout, elle aspire encore à tout faire et à tout prévoir. Aucun détail ne doit lui échapper. Aucun plaideur ne doit plus la prendre en défaut. L'énumération des espèces y domine l'énonciation des principes. Nous n'en sommes plus seulement à la con-

(1) Roguin, Observations sur la codification des lois civiles. *Recueil publié par la Faculté de droit de Lausanne*, 1896, p. 73.

ception anglaise d'une loi qui, pour être parfaite, doive se développer en d'interminables formules. Nous revenons au système barbare lui-même des compositions légales où tout est tarifé d'avance. La législation sur les accidents du travail, cette loi de 1898 qui marque comme le dernier effort législatif de ce siècle dans le domaine des questions sociales, accuse mieux qu'aucune autre les tendances fâcheuses de notre époque (1). »

Cette conception ne répond pas à l'idéal que je me fais du rôle de la loi dans l'élaboration de notre droit actuel. Assurément le mieux serait que le législateur intervînt fréquemment ; j'ai montré que c'était une chimère que d'attendre patiemment l'intervention du législateur, et qu'il y avait loin, en cette matière, du rêve à la réalité. Et même je ne voudrais pas qu'à propos d'une situation nouvelle le législateur intervînt de suite ; pour trancher les difficultés juridiques issues de progrès trop récents, il a la main trop lourde. Il faut un instrument plus souple, plus ondoyant, qui travaille sur les faits eux-mêmes, au sein de la vie et non dans des palais législatifs. Quel instrument sera plus propre à remplir ce rôle que la coutume ? Et surtout, je voudrais que nous nous gardions de l'ivresse de la codification, ivresse permise au milieu de l'enthousiasme que suscita le grand œuvre accompli par le Consulat, mais qui doit être aujourd'hui dissipée au grand air de l'expérience.

(1) Ch. Robert, *L'œuvre de la jurisprudence dans le domaine des questions sociales* (Discours de rentrée des avocats près la Cour de cassation), 1899, p. 44-45.

Je voudrais voir reconnaître que la loi n'est faite que pour les situations qu'elle a voulu réglementer, que même pour ces situations elle est incomplète, et surtout qu'il arrive un moment où sous la poussée des faits nouveaux la loi ne suffit plus et où il faut autre chose pour la remplacer.

Cette autre chose, ce sera la coutume qui, par le moyen de la jurisprudence et de la pratique extra-judiciaire, est un instrument merveilleux, fait de souplesse et d'activité, éminemment apte à l'adaptation du droit aux mœurs. En contact permanent avec la vie, les artisans du droit sont plus qualifiés que quiconque pour donner aux problèmes nouveaux les solutions les plus justes et les plus conformes à l'intérêt des particuliers. Une institution coutumière, qu'elle soit l'œuvre de la jurisprudence ou de la pratique extra-judiciaire, est une institution solide et qui durera tant que subsistera l'état de choses pour lequel elle a été créée. On peut même dire que, dans ce travail d'élaboration du droit coutumier, la part la plus large, mais aussi la plus belle revient à la pratique extra-judiciaire. Car la jurisprudence ne travaille pas seule au développement du droit. Tous ceux qui chaque jour unissent leurs initiatives et leurs efforts pour guider la marche de la vie judiciaire font, qu'ils s'en doutent ou non, œuvre d'invention et de création juridiques. C'est pourquoi les institutions réglementées avec le plus de soin par le législateur se dessèchent rapidement si la pratique ne vient leur apporter l'afflux de la sève qui les vivifie et leur empêche d'être remplacées par des institutions fort différentes et que les codes n'avaient pas prévues.

Ce rôle de la coutume est vraiment important. C'est par elle que le droit s'adapte au milieu, par elle qu'il reste ce qu'il doit être avant tout : une chose vivante. Or pour le Droit vivre c'est se mouvoir et se transformer ; c'est plus encore : c'est lutter en vue d'une constante adaptation aux exigences sociales. De nos jours le besoin se fait sentir d'introduire dans notre civilisation plus de fraternité, plus de solidarité, suivant le mot à la mode, « c'est-à-dire tout simplement, dit M. Gény, de mieux égaliser les conditions de la lutte des activités rivales, d'assurer une répartition des profits plus exactement proportionnée aux efforts et aux besoins de chacun, d'atténuer les rigueurs excessives du droit individuel en considération de l'intérêt social et commun » (1). Or comme ces idées pour se réaliser doivent à peu près toutes passer dans la vie juridique, il faut nécessairement un instrument d'assimilation toujours actif, qui reçoive tous les éléments du dehors, les élabora et les mette en œuvre. Quel instrument meilleur que la coutume ? Suivant, avec une sensibilité admirable, les besoins de la pratique, elle saura trouver, pour chaque conflit, des solutions justes et bonnes, en harmonie avec les mœurs et qui ne demanderont à chacun que le minimum d'efforts et de sacrifices nécessaires pour orienter de plus en plus le droit vers la justice et le progrès.

Il faut plus encore pour que le système soit complet, et je dois dire maintenant quelques mots du rôle de la doctrine.

(1) Gény, *op. cit.*, p. 458.

Longtemps les théoriciens ont vécu figés dans le respect du Code, ainsi qu'en une tour d'ivoire, inaccessibles à tout ce qui venait du dehors. Penchés sur l'œuvre nouvelle qui devait désormais régir la France, et qui, suivant le fougueux essor de Napoléon, devait même étendre son empire sur toute l'Europe occidentale, les commentateurs du premier quart du xix^e siècle vécurent dans la contemplation du Code seul, sans accorder la moindre attention aux créations juridiques nées, en dehors de la loi, de la coutume, de la jurisprudence, de l'équité. Le Code, en effet, absorbait tous leurs efforts. Il fallait déterminer le sens de chacun de ses articles, en connaître exactement la valeur et la portée, et pour cela se livrer à tout un travail d'analyse, d'exégèse et de comparaison. Pendant ce temps la jurisprudence faisait son œuvre.

Ne soyons pas injustes pour ces ouvriers de la première heure. Ils furent grands, et c'est à eux que nous devons cette tradition du droit civil si forte et si religieusement gardée. Mais le rôle de la doctrine est tout autre aujourd'hui. Grâce aux patients et multiples efforts des premiers commentateurs, des Toullier, des Merlin, des Duranton, de tant d'autres, le Code est devenu un livre si clair qu'on peut y lire sans effort. Il nous reste autre chose à faire, et nos auteurs modernes l'ont bien compris. Le dualisme est bien mort qui existait entre la théorie et la pratique, et toute notre école française étudie maintenant le droit vivant qu'appliquent nos tribunaux. Il y a plus. Je voudrais que notre doctrine se pénétrât bien de cette idée que ce n'est

pas dans des principes et des idées *à priori* qu'elle doit aller chercher les éléments de ses constructions, mais dans l'évolution des faits dont la jurisprudence lui fournira la constatation. Et qu'elle n'oublie pas qu'elle n'est pas esclave ! Qu'elle dirige au contraire le mouvement des idées, qu'elle examine chacune des productions nouvelles de ce droit coutumier qui, toujours mobile et changeant, est toujours prêt à se modifier, qu'elle le prépare et l'éclaire dans sa marche en avant.

Si bien que la loi, la coutume et la doctrine m'apparaissent comme une bienfaisante trinité dont chaque membre a son rôle éminemment fécond dans l'élaboration de la règle juridique. La doctrine serait l'avant-garde chargée d'éclairer la pratique dans les directions nouvelles où elle s'engage, de surveiller ses mouvements, de l'avertir des dangers qu'elle court. Derrière cette ligne d'éclaireurs, constituant, si je peux m'exprimer ainsi, le gros de l'armée, la coutume toujours agissante et vivante préparerait au législateur les voies nouvelles, veillerait à ce que le droit reste toujours en accord avec les faits, tiendrait les lois anciennes au courant des progrès de la vie pratique, remplacerait les règles surannées par des règles nouvelles que le législateur viendrait consacrer. La loi enfin, arrière-garde vigilante et inébranlable, viendrait consacrer de son indiscutable autorité les positions patiemment conquises et habilement fortifiées. Rien d'immuable d'ailleurs dans ce système, car cette loi si sûre et si prudente pourrait toujours avoir dans l'avenir le sort de ses devancières, et se voir à

son tour modifiée et remplacée par de nouvelles coutumes plus en harmonie qu'elle avec les besoins de l'époque. Ainsi s'opérerait la marche en avant du Droit, toujours mobile, toujours humain, toujours vivant.

Et je crois aussi que toute interprétation qui voudra être féconde devra s'inspirer de la triple collaboration de ces facteurs juridiques. Le temps n'est plus des méthodes d'interprétation exégétique qui donnaient comme seul champ à leur activité la lettre même de la loi. Aujourd'hui on voit mieux et plus juste. On interprète le *droit* et non plus les *lois*. Les tendances de l'école contemporaine sont en ce sens. Qu'il me suffise de citer les noms des Saleilles, des Planiol, des Gény, des Lambert et de tant d'autres. Qu'il me suffise encore de citer les travaux de mon maître M. Josserand qui, par ses études sur la théorie de l'*abus du droit*, a montré combien il entendait élargir le champ de l'activité juridique. Et ces tendances ont trouvé leur organe dans une publication nouvelle, la *Revue trimestrielle de droit civil* dont les idées indépendantes tendent visiblement à élargir et à vivifier le droit.

Nous sommes de plus en plus trop impatients de vivre, de penser, d'agir pour que nous ayons le temps d'attendre le bon plaisir du législateur. La pratique des affaires a besoin d'une rapide sécurité. A défaut de la loi écrite nous irons chercher dans la coutume le droit nouveau qui répond aux nécessités pressantes de l'heure. Nous ne pouvons plus nous contenter des textes, nous voulons chercher le droit où il existe, partout où il se trouve, dans la vie elle-même.

Nous voulons, transposant avec M. Génv une parole célèbre, faire du droit *Par le Code civil, mais au delà du Code civil*.

Je crois, avec M. Saleilles, qu' « il est difficile désormais que cet *Au-delà* ne devienne pas le mot d'ordre de tous les juristes » !

Vu :

Lyon, le 13 novembre 1907.

Le Président de la thèse,

L. JOSSERAND.

Vu :

Lyon, le 14 novembre 1907.

Le Doyen de la Faculté,

E. CAILLEMER.

Vu et permis d'imprimer.

Lyon, le 15 novembre 1907.

*Le Recteur de l'Académie
Président du Conseil de l'Université,*

JOUBIN.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- Ballot-Beaupré.** — Discours prononcé au Centenaire du Code civil le 29 octobre 1904. Paris. Imprimerie Nationale, 1904.
- Bartin.** — Etudes sur le régime dotal. Lille, 1892.
- Blackstone.** — Commentaires. Traduction Chompré, 1822.
- Beudant.** — Cours de droit civil français. Introduction, 1896.
- Brissaud.** — Cours d'histoire générale du droit français public et privé. Paris, 1904.
- Bufnoir.** — Propriété et contrat.
- Courcy** (de). — Questions de droit maritime. Paris, 1877.
- Duguit.** — L'Etat, le droit objectif et la loi positive.
- Esmein.** — Cours élémentaire d'histoire du droit français.
- Gény.** — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, 1899.
- Lambert.** — Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé. Paris, 1903.
- Droit coutumier contemporain. Du contrat en faveur des tiers, 1893.
- Mornet.** — Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. Paris, 1904.
- Planiol.** — Traité élémentaire de droit civil.
- Portalis.** — Discours préliminaire sur le projet de Code civil, dans Fenet, t. I.
- Saleilles.** — Introduction à l'étude du droit civil allemand. Paris, 1904.
- Salmond.** — Jurisprudence, or the theory of the law. London, 1902.
- Sauzay.** — Procédés d'élaboration du droit employés par la jurisprudence. Thèse, Lyon, 1904.
- Sumner-Maine.** — L'ancien droit. Traduction Courcelle-Seneuil, 1874.

Périodiques.

- Revue trimestrielle de droit civil.* Esmein. La jurisprudence et la doctrine, 1902, p. 6.
- Revue internationale de l'enseignement.* Lambert : Une réforme néces-

- saire dans les études de Droit civil, 1900, t. XL, p. 216. Gény : La notion de droit positif à la veille du xx^e siècle, 1901, t. XXXI, p. 15. Lévy-Ullmann : Discours sur le Code civil, 1904, 2^e p. 128.
- Annales de droit commercial*. Percerou, 1900, p. 145.
- Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*. Boistel, 1879, p. 161. Cézard-Bru, 1904, p. 330.
- Revue du droit international*. Brocher de la Fléchère : Le droit coutumier et la philosophie du Droit, t. IX, 1877, p. 578.
- Bulletin de la Société d'études législatives*, 1905, p. 535. Esmein : La coutume doit-elle être reconnue comme source du droit civil français ?
-

	Pages
INTRODUCTION. — <i>Insuffisance de la loi écrite</i>	1
La méthode des interprètes du Code civil. — Ses mérites. — Ses défauts. — Causes de son insuccès. — Réaction contemporaine. — La loi écrite ne peut suffire à tout. — A côté d'elle, il faut admettre la coutume.	
CHAPITRE PREMIER. — Le rôle de la coutume dans l'histoire	22
A l'origine de toutes les législations, le droit est coutumier. — Droit grec. — Droit hindou. — Droit israélite. — Droit musulman : <i>le Qóran ; la Sounnah ; l'Idjma al'Ounnah</i> . — Droit romain. — Droit germanique. — Droit canon. — Ancien droit français. — Pays de droit écrit et pays de coutume ; conditions d'existence de la coutume ; division des coutumes ; preuve, rédaction des coutumes.	
CHAPITRE II. — La coutume dans le droit étranger contemporain	53
I. — <i>Allemagne</i>	53
Etat de la doctrine au xix ^e siècle. — Droit public, constitution d'Empire de 1871. — Elaboration du B. G. B. Part faite au droit coutumier par la doctrine.	
II. — <i>Législations anglo-saxonnes</i>	67
<i>Coutume anglaise</i> . Ses divisions. — Coutume générale : <i>Common law and equity</i> . — Coutume particulière. — <i>Coutume écossaise</i> . — <i>Coutume américaine</i> .	

CHAPITRE III. — Les théories traditionnelles sur la coutume	88
La théorie romano-canonique. — Son origine. — Ses défenseurs. — Gény et Brie. — Ses deux éléments. — <i>Élément psychologique</i> . — Les trois manières de l'envisager. — Élément matériel : <i>consuetudo</i> , sa définition. — Peut-il être suppléé par l'usage judiciaire ? — Divergence de vues parmi les romano-canonistes à ce sujet. — Théorie de M. Gény. — Théorie de M. Boistel.	
CHAPITRE IV. — Théories opposées à la méthode traditionnelle. — Définition de la coutume. — Ses conditions d'existence. — Ses manifestations.	125
I. — <i>Théorie de M. Lambert</i>	125
Critique de la théorie de M. Gény. — Critique de l'élément psychologique : acte de foi ou acte de volonté. — Critique de l'élément matériel ; la jurisprudence source de coutume. — Mécanisme de la coutume selon M. Lambert.	
II. — <i>Opinions diverses</i>	144
M. Brocher de la Fléchère. — M. Beudant. — M. Planiol. — M. Bartin. — MM. Saleilles, Picard, etc.	
III. — <i>Notion de la coutume juridique</i>	150
Réfutation de la doctrine qui assigne à la coutume le même fondement qu'à la loi. — Critique de la thèse de M. Lambert. — La coutume, c'est le droit non écrit.	
IV. — <i>Les usages conventionnels</i>	163
CHAPITRE V. — Le rôle de la coutume dans notre droit actuel	171
I. — <i>Position du problème</i>	171
II. — <i>Coutume præter-legem</i>	174
La loi ne peut pas tout prévoir. — Rôle de la coutume quand la loi est incomplète ou muette. — Son rôle en face d'un texte de loi obscur ou trop étroit. — Exemples de créations coutumières	
III. — <i>Coutume contra-legem</i>	198

Abrogation des lois par désuétude. — Qu'en pensent la jurisprudence et la doctrine françaises ? — La question n'a pas été tranchée législativement. — Il est juste en fait et en droit d'admettre l'abrogation par désuétude. — Objections.

CONCLUSION. — Rôles respectifs de la loi, de la coutume et de la doctrine dans l'élaboration du droit 223

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
